

# SOM

Sivilombudsmannen  
Årsmelding for 2007  
Dok. nr. 4 (2007–2008)



## Sivilombudsmannen

# **Dokument nr. 4**

(2007–2008)

**Melding for året 2007**

fra

**Sivilombudsmannen**

**Avgitt til Stortinget i mars 2008**



## **Til Stortinget**

I samsvar med lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 12, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 12, ønsker eg å gje Stortinget melding om arbeidet til ombodsmannen i 2007.

I innleiinga til meldinga har eg sett fram eit forslag til tiltak som eg meiner vil gjera at ombodsmannen vil kunne makta å fylle oppgåvene sine på ein betre måte.

Meldinga har i år dels fått ei ny kapittelinnending. Kapittel I inneheld som i fjor eit oversyn over arbeidet og sakshandsaminga ved institusjonen. I tillegg inneheld kapitlet blant anna informasjon om administrative forhold og om krav om innsyn i saksdokument hos ombodsmannen. I kapittel II er det statistiske opplysningar om saksfordeling og sakshandsaming. Kapittel III gjeld saker der det er funne manglar ved lover, forskrifter eller praksis. I kapittel IV vert det referert saker av allmenn interesse frå meldingsåret, jf. instruksen § 12 andre ledd. I kapittel V er det tilleggsopplysningar om saker som er referert i tidlegare årsmeldingar og der forvaltninga var beden om å sjå på saka på nytt. Deretter følgjer emne- og stikkordregister og lovregister.

Som vedlegg til meldinga følgjer eit oversyn over møter og besøk i 2007, eit oversyn over personale, Grunnloven § 75 bokstav l, ombodsmannslova og ombodsmannsinstruksen. Vidare følgjer ei orientering om ombodsmannsordninga på bokmål, nynorsk og samisk.

Oslo, mars 2008

*Arne Fliflet*



# Innhold

	Side
<b>Nokre tankar om korleis ombodsmannen kan vere med og betre rettstryggleiken i forvaltninga og auke respekten for borgarane og rettane deira .....</b>	9
<b>I. OM VERKSEMDA I 2007</b>	
1. Kva gjer ombodsmannen? .....	11
2. Klager i 2007 og utfallet av behandlinga hos ombodsmannen .....	11
3. Saker som er tekne opp av eige tiltak .....	13
4. Særskild melding til Stortinget .....	13
5. Møte og besøk .....	14
6. Høyringsfråsegner .....	14
7. Arbeidet med å sikre at menneskerettane blir respekterte .....	14
8. Saksbehandlingstid .....	16
9. Innsyn i saksdokumenta hos ombodsmannen .....	16
10. Nettstad og kommunikasjon med klagarar via e-post og telefon .....	16
11. Organisasjon og personale .....	17
12. Likestilling .....	17
13. Kva står i årsmeldinga? .....	18
<b>II. STATISTIKK</b>	
1. Innledning .....	19
2. Tilgangen på saker i meldingsåret .....	19
3. Sakenes utfall .....	20
4. Fordeling av saker ut fra geografi, forvaltningsorgan og saksområder .....	22
<b>III. SAKER DER OMBUDSMANNEN HAR GJORT FORVALTNINGEN OPPMERKSOM PÅ MANGLER VED LOVER, FORSKRIFTER ELLER PRAKSIS</b>	28
<b>IV. REFERAT AV SAKER AV ALMINNELIG INTERESSE, JF. INSTRUKSEN § 12</b>	
<b>Innledning</b>	
1. Saksbehandlingstiden .....	30
2. Forvaltningens veiledningsplikt .....	30
3. Habilitet .....	31
4. Journalføring av e-brev .....	32
5. Kommunenes behov for juridisk kompetanse .....	32
<b>Offentlighet i forvaltningen, rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter</b>	
1. Innsyn i dokumenter om utbygging av området ved tidligere Forsvarets overkommando – saksbehandlingstid .....	32
2. Saksbehandling i klageomgangen i sak om dokumentinnsyn .....	34
3. Innsyn i timepris ved bruk av konsulenttenester i Mattilsynet .....	36
4. Innsyn i brev fra Politiets sikkerhetstjeneste til Justisdepartementet .....	38
5. Offentlighetslovens anvendelse på dokumenter om betaling for advokattjenester .....	40
6. Innsyn i årsrapport for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll – taushetsplikt .....	41
7. Innsyn i dokumenter i INFOFLYT .....	45
8. Innsyn i sammenlignende studier om legemidler mot osteoporose .....	48
9. Innsyn i dokumenter om prosjekteringen og byggingen av Hanekleivtunnelen .....	51
10. Innsyn i internt budsjettnotat om miljøskadelige subsidier .....	53
11. Offentlighet i budsjettsaker – innsyn i interdepartementalt notat .....	54
12. Offentlighetslovens anvendelse på dokumenter beslaglagt i straffesak .....	56
13. Utsatt offentlighet etter offentlighetsloven § 4 – forvaltningens plikt til å behandle innsynsspørsmålet på nytt når sperrefristen oppheves .....	57

14. Avslag på krav om innsyn – rapport fra Lotteritilsynet .....	60
15. Møteoffentlighet i Nesna kommune .....	62
16. Lukka budsjettkonferanse i Hjelmeland kommune .....	64
17. Saksliste til formannskapsmøte om rådmannens ansettelsesforhold .....	65

### **Tilsetning i offentlige stillinger, offentlige tilsetningsforhold**

18. Tilsetning av avdelingssykepleier – manglende skriftlig begrunnelse.....	67
19. Tilsetning av undervisningsinspektør – mangelfull utlysningstekst og saksutredning.....	69
20. Manglende intervju og innhenting av referanseopplysninger i tilsettingssak.....	71
21. Tilsetning av fast formann for Stavanger overformynderi.....	74
22. Tilsetning i professorat – mangler ved den sakkyndige komiteens vurdering .....	77
23. Stilling som kommunikasjonsrådgiver – stansing av tilsettingsprosessen.....	80
24. Betydning av sykefravær ved søknad om utvidelse av deltidsstilling .....	82
25. Personlig opprykk til professor etter kompetanse .....	85
26. Fortrinnsrett for overtallig arbeidstaker til stilling med høyere lønn enn den stillingen arbeidstakeren hadde fratrudd .....	86
27. Fortrinnsrett for overtallig arbeidstaker – spørsmål om tilsettingsprosessene hadde foregått på en forsvarlig måte.....	89
28. Fortrinnsrett til stilling som politibetjent – kravet til plettfriandel .....	92
29. Forbud mot bierverv for radiograf ansatt i helseforetak .....	95
30. Tjenstlig tilrettevisning – innsyn i det faktiske grunnlaget for avgjørelsen .....	104

### **Ytringsfrihet for offentlig ansatte**

31. Ytringsfrihet for lærer – forslag om nedleggelse av skole.....	107
32. Advarsel i arbeidsforhold og tilsetning av oppvekstsenterleder .....	110

### **Autorisasjon, driftstilskudd, næringsstøtte**

33. Autorisasjon som tanntekniker .....	116
34. Tildeling av driftstilskudd til fysioterapeut i privat praksis.....	119
35. Tildeling av 70 % driftstilskudd for fysioterapi til et selskap.....	123
36. Innvilgelse og ettergivelse av lån fra Norges Råfisklag til Norges Fiskarlag .....	128

### **Utdanning, studiefinansiering**

37. Studentens adgang til å legge ved begrunnelsen for klagen til de nye sensorene .....	132
38. Saksbehandlingen ved avgjørelse om inhabilitet ved bedømmelse av doktorgradsavhandling .....	134
39. Sak om språkstipend – tolkning av forskrift .....	140

### **Trygd, ventestønad, barnebidrag**

40. Gjeldsoppgjør ved tilbakelevering av uhensiktsmessig «trygdebil» .....	141
41. Stans av ventestønad – blant annet spørsmål om krav om jobbsøkeraktivitet var pålagt stønadsmottaker på forskriftsmessig måte.....	145
42. Virkningstidspunkt for tilståelse av rehabiliteringspenger – veiledningsplikt/informasjonsansvar.....	149
43. Beregning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn .....	152

### **Kommunal bolig, transportordning for funksjonshemmede**

44. Tildeling av kommunal bolig – spørsmål om venteliste, prioritering og saksbehandling.....	154
45. Fylkeskommunal transportordning for funksjonshemmede – virkningstidspunkt for enkeltvedtak .....	156

### **Helserett, psykisk helsevern, sykehjem, rusinstitusjon**

46. Rutiner for svar på henvendelser og foreløpig svar ved St. Olavs hospital .....	158
47. Krav om retting og sletting av opplysninger i journal og klage på helsepersonell .....	159
48. Statens helsetilsyns behandling av klage på helsevesenet – rettighetsklage eller anmodning om tilsynssak.....	164
49. Kontrollkomisjonens behandling av en klage innen psykisk helsevern – veiledningsplikt m.v.....	166

	Side
50. Renteberegning ved tilbakebetaling av vederlag for opphold på sykehjem .....	169
51. Dekning av utgifter til behandling ved private rusinstitusjoner i utlandet .....	172
<b>Barnevern, fosterhjem</b>	
52. Saksbehandlingen av midlertidige vedtak i fylkesnemndene for sosiale saker .....	176
53. Saksbehandlingen i sak om anonym bekymringsmelding til barnevernet .....	178
54. Status som fosterhjem ved plassering av barn hos slektninger .....	180
<b>Navneendring, folkeregistrering</b>	
55. Endring av navn på barn når det pågår sak om foreldreansvar.....	184
56. Folkeregistreringssak Svalbard – spørsmål om i hvilken grad det var foretatt disposisjoner som ga uttrykk for hensikt om å oppholde seg utenfor Svalbard i minst 6 måneder .....	185
<b>Fengselsforhold</b>	
57. Lang saksbehandlingstid i kriminalomsorgen for permisjonssøknad – mangelfull orientering under sakens gang .....	187
58. Lang ventetid fra rettskraftig dom til soningsinnkalling.....	189
59. Kriminalomsorgens bruk av informasjon fra politiet i saker om permisjon og overføring til overgangsbolig .....	191
60. Delvis utelukkelse fra fellesskapet etter forsovelse.....	194
61. Forebygging av selvdrap og selvbeskadigelse i fengsel.....	197
62. Overføring av forvaringsdømt tilbake til Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt mot den innsattes ønske .....	204
63. Plassering av flere innsatte på samme celle – dublering og bruk av flermannsceller .....	207
64. Gjennomføring av urinprøvekontroll i fengsel .....	212
<b>Utlendingssaker</b>	
65. Utlendingsdirektoratets saksbehandlingstid i sak om visum og oppheving av bestående innreiseforbud.....	216
66. Familiegjenforening. Kravet om å bo sammen – dokumentasjon av identitet .....	219
67. Familiegjenforening for barn over 18 år – spørsmål om søkeren hadde en far i hjemlandet ...	224
68. Familiegjenforening – hovedpersonens oppholdsgrunnlag .....	228
69. Utlendingsmyndighetenes behandling av spørsmål om utenlandsk borgers identitet .....	230
<b>Skatt, ligning, toll og avgift</b>	
70. Eiendomsskatt på fritidsboliger – Grunnloven § 105 og Den europeiske menneskerettskonvensjon.....	236
71. Sak med utgangspunkt i de særskilte reglene om skattefradrag etter skattefunnordningen – ettergivelse av forsinkelsesgebyr .....	239
72. Saksbehandling – bruk av bokettersynsrevisor til å utarbeide utkast til ligningsnemnda i endringssaker.....	243
73. Ligningsmyndighetenes adgang etter ligningsloven § 4–8 til å be en skattyter om opplysninger av betydning for ligningen før selvangivelsesfristen.....	251
74. Om et krav på etterberegnet toll og avgift m.m. var foreldet etter tollloven § 58 annet ledd første punktum fordi kravet var satt frem mer enn tre år etter det tidspunkt tollvesenet «oppdaget feilen» .....	256
75. Finansdepartementets endring av praksis med å frafalle foreldelsesinnsigelser på merverdiavgiftens område.....	262
76. Avslag på søknad om ettergivelse av arbeidsgiveravgift – betydningen av begge ektefellers inntekts- og formuesforhold .....	267
<b>Sakskostnader</b>	
77. Dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 der fylkesmannen har opphevet en kommunes avslag på en søknad om fradeling av en parsell .....	272



**Bygge- og reguleringsaker**

78. Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune – saksbehandlingstid, siloordning (køsystem for fordeling til saksbehandler), svar på henvendelser og informasjon om reell saksbehandlingstid .....	279
79. Friststart for treårsfristen i plan- og bygningsloven § 96 første ledd.....	287
80. Bruksendring til fritidsbolig.....	292
81. Riving og gjenoppføring av fritidsbolig i Tjøme kommune .....	296
82. Søknad om oppføring av ilandstigningsbrygge og trapper .....	299
83. Oppføring av «tretelt» på campingplass .....	302
84. Tillatelse til bygging av skogsvei i Masfjorden, enkeltvedtak og klagefrist .....	311
85. Kravene til vurderingen av «særlige grunner» til dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7.....	314
86. Manglende varslings av berørte fagmyndigheter ved dispensasjon i sak om fradeling i LNF-område .....	320
87. Sak om beregning av utnyttingsgrad – Kilen brygge, Sandefjord .....	323
88. Mangelfull behandling av sak om oppføring av leilighetskompleks i Arendal kommune.....	327
89. Forbud mot oppføring av boliger i nedslagsfelt for drikkevann – hjemmelsspørsmål.....	333
90. Adgangen til å gi rammetillatelse i byggesaker der sektormyndigheten har stilt seg negativ til tiltaket – om reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 gir anvisning på en samtykkeordning .....	337
91. Handsaming av klage over fastsetjing av byggesaksgebyr .....	348
92. Nedsettelse/ettergivelse av ilagt tvangsmulkt – ulovlig oppført gjerde og levegg .....	349
93. Reguleringsplan – vurdering av konsekvenser for barn og unge.....	351
94. Prøving av konsekvensutredningsplikt ved behandling av klage på reguleringsplan.....	354
95. Tolkning av en reguleringsplans bestemmelser om støyskjerming .....	364

**Konsesjon, boplikt, forurensning, dyrevern**

96. Behandlingen av habilitetsspørsmål i en mindre kommune – sak om opphevelse av konsesjonsvilkår .....	367
97. Spørsmål om boplikt for jord- og skogbrukseiendommer.....	371
98. Fritak for boplikt etter konsesjonsloven – saksbehandling .....	376
99. Avslag på søknad om konsesjon – uttale om forståinga av omgrepet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslova § 5 andre ledd.....	379
100. Varig fritak for boplikt – fritaksvurderingen etter odelsloven .....	384
101. Spørsmål om beslutning om ikke å kreve konsesjon etter forurensningsloven var et enkeltvedtak .....	389
102. Pålegg om tinglysning av rådighetsbegrensning etter forurensningsloven.....	395
103. Vedtak om tvangsmulkt etter forurensningsloven.....	402
104. Dyrevernsak – saksbehandlingen ved avlivning av hund .....	407

**Vann- og avløpsgebyr**

105. Krav om tilbakebetaling av for mye innbetalt vann- og avløpsgebyr.....	409
---	-----

**V. FORVALTNINGENS OPPFØLGING AV OMBUDSMANNENS UTTALELSER** 411**REGISTRE**

Emne- og stikkordregister .....	421
Lovregister .....	424

**VEDLEGG**

1. Ombudsmannens kontor – personaloversikt .....	427
2. Ombudsmannens foredrag, møter, besøk og reiser i 2007 .....	428
3. Kongeriget Norges Grundlov 17de Mai 1814 § 75 l .....	430
4. Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen .....	431
5. Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen .....	433
6. Orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet – brosjyrettekster på bokmål, nynorsk og samisk .....	435

## Nokre tankar om korleis ombodsmannen kan vere med og betre rettstryggleiken i forvaltninga og auke respekten for borgarane og rettane deira

Verksemda i 2007 har vore omfattande, og erfaringane dette året har igjen vist kor viktig ombodsmannskontrollen er for vanlege folk når dei får problem med forvaltninga. Sakene som er refererte i meldinga, viser breidda i dei spørsmåla ombodsmannen undersøker og uttaler seg om. Sakene viser òg at det dreier seg om vanlege problem som folk har med styresmaktene. Brev og spørsmåla til ombodsmannen vitnar om kor høgt borgarane set rettstryggleiken. Når saksbehandlinga ikkje går føre seg på rette måten, og når styresmaktene ikkje bruker lova rett, er det tilliten til dei offentlege styresmaktene som blir skadelidande. Eg skal her ta opp nokre tankar som kan styrkje ombodsmannskontrollen med forvaltninga.

For det første er det no på tide å spørje om ikkje ombodsmannen bør ha same retten som alle andre til å seie si meining om skjønnsbruken i forvaltninga. Er det i dag fornuftig å ha ei føresegn i lova om at ombodsmannen berre kan kritisere skjønnet når det er klart urimeleg? Ei slik avgrensing i kva ombodsmannen kan seie si meining om, har uheldige verknader og bør fjernast.

Retten ombodsmannen har til å uttale seg om skjønnet i forvaltninga, er viktig fordi lovgivinga har gitt forvaltninga større makt overfor borgarane. På nær sagt alle område kan styresmaktene no med lova i hand gripe inn der borgarane før stod fritt til å gjere som dei ville. Retten til å gripe inn i rettane og pliktene til borgarane er i dag langt på veg bygd på skjønn. Dessutan gir lova i dag borgarane fleire rettar enn før, og desse rettane er òg bygde på skjønn. For at dei lovfesta rettane skal bli ein realitet for borgarane, er det viktig å ha ein effektiv, utanforståande og uhilda instans som folk kan gå til med sine klager på urett maktutøving.

Stort sett opptrer forvaltninga samvitsfullt og korrekt. Men dei vide fullmaktene og den utbreidde praksisen med å gjere unntak frå lova kan lett gjere folk urolege for at tilfeldige og vilkårlege omsyn får bestemme, og at maktmisbruk, usakleg forskjellsbehandling og korrupsjon førekjem. I det siste har fleire saker vist at ei slik uro ikkje er utan forankring i dei faktiske tilstandane.

Dei omsyna og forholda som forvaltninga bygger skjønnet sitt på, er i dag meir samansette og kompliserte enn før, og dei er vanskelege å kontrollere og overprøve. Behovet for ein utanforståande og uhilda instans som kan reise saklege motførestellingar, uttrykkje tvil og i det heile setje grunnitte

spørsmålsteikn ved skjønnsutøvinga, er større enn nokon gong. Ombodsmannen bør no få uinnskrenka rett til å seie si meining, også om forvaltningsskjønnet er urimeleg eller vanskeleg å akseptere for ein utanforståande som har undersøkt saka.

For at ombodsmannen betre skal kunne kontrollere forvaltningsskjønnet, bør derfor avgrensinga i lova som gjer at det berre kan reagerast på «klart urimelege» avgjerder, no fjernast. Denne avgrensinga kom inn i lova då ombodsmannsordninga blei oppretta i 1962, fordi forvaltninga då var redd for at ombodsmannen skulle blande seg inn i det såkalla frie skjønnet. Tida har no gått frå denne avgrensinga. I Danmark har dei aldri hatt ei slik avgrensing, og den første danske ombodsmannen, Stephan Hurwitz, åtvare nordmennene mot å ta denne regelen inn i lova. Han meinte at ei slik innskrenking i ytringsretten til ombodsmannen ville svekke den preventive effekten ombodsmannsordninga skulle ha. Avgrensinga var dessutan unødvendig, for ombodsmannen ville sjølv vite når han skulle gripe inn og overprøve skjønnet. Og slik har det og blitt i praksis. Ombodsmannen overprøver i dag ikkje eit fagleg eller lokalt skjønn når det er bygd på rett lovtolking eller faktiske omstende som det ikkje er grunn til å setje spørsmålsteikn ved. Ei slik avgrensing i lova er derfor eit unødvendig og uheldig signal til borgarane og omverda, og ho legg eit urimeleg band på retten ombodsmannen har til å seie det han meiner.

Eg blir ofte spurd kva verkemiddel ombodsmannen har for å fremje god forvaltningsskikk og skape større respekt for borgarane og rettane deira. Etter ordninga som gjeld i dag, kan ombodsmannen setje i gang undersøkingar og seie si meining om det forvaltninga har gjort. Ombodsmannen kan ikkje gjere om forvaltningsavgjerder eller fatte rettsleg bindande vedtak. Slik bør det framleis vere.

Dersom forvaltninga ikkje bøyer seg for det ombodsmannen seier, kan han rå til at klagaren reiser sak for domstolane. Då får klagaren fri sakførsel. Å rå til å gå til rettsak høyrest jo bra ut, men det har òg sine tvilsame sider. Sjølv om klagaren får fri sakførsel, er det tungt å skulle gå til sak mot det offentlege. Borgaren må sjølv ta belastninga med å føre saka. Ombodsmannen kan ikkje gi borgaren hjelp til å drive søksmålet fram. Å tilrå søksmål kan såleis vere eit slag i lufta. Er det saksbehandlingsfeil det dreier seg om, er det berre dei kritiske orda frå ombodsmannen som blir sanksjonen. Noka økonomisk oppreising får ikkje borgaren.

Borgarane blir bøtelagde for å køyre for fort og for andre brot på trafikkreglane. Offentlege styresmakter kan bryte saksbehandlingsreglane, men økonomiske konsekvensar får slike feil berre når dei rettslege vilkåra for erstatning eller oppreisning er oppfylte. Klage til overordna styresmakt kan i visse tilfelle vere eit middel, men å melde saka til politi og påtalemyndighet kan berre føre fram dersom vilkåra for straff er oppfylte. Bør det halde fram slik?

Ein tanke kunne vere å opne for at ombodsmannen kan rå til at styresmakterne som har brote forvaltningsreglane, må betale den krenkte borgaren ei erstatning eller oppreisning av rettferdsgrunnar, ikkje

berre når vilkåra for erstatnings- eller oppreisingsansvar må seiast å vere oppfylte. Ei slik tilråding frå ombodsmannen må i tilfelle gje forvaltninga ein rett til å betale den fornærma utan å bli kritisert av riksrevisjonen eller kommunerevisjonen. Eit slikt verkemiddel kan oppdra forvaltninga til å respektere forvaltningslova, offentleglova og prinsippa for god forvaltningsskikk. Ordninga kan òg føre til at det offentlege viser borgarane større respekt når det blir gjort urett og feil. Det vil i så fall vere med og styrkje tilliten til forvaltninga og gjere ombodsmannskontrollen meir effektiv.



Foto: Jo Michael

*Sivilombodsmann Arne Fliflet*

## I. Om verksemda i 2007

### 1. Kva gjer ombodsmannen?

---

Sivilombodsmannen undersøker og uttaler seg på rettsleg grunnlag om kor vidt offentlege styresmakter etter hans syn har handla feil eller gjort urett mot borgarane. All offentlig verksemd og heile den offentlege forvaltninga kan kontrollerast av ombodsmannen. Han kan òg kontrollere om styresmaktene har respektert og sikra menneskerettane, og om saksbehandlinga har vore i samsvar med god forvaltningsskikk.

Undersøkingane blir i hovudsak sette i verk etter klager frå enkeltpersonar, organisasjonar eller andre juridiske personar. Men ombodsmannen kan òg setje i gang undersøkingar av eige tiltak, det vil seie utan at det er klaga. Ombodsmannen kan seie si meining i dei sakene han har undersøkt, men kan ikkje gjere vedtak som er rettsleg bindande. Styresmaktene plar likevel bøye seg for det ombodsmannen har sagt.

Gjennom Sivilombodsmannen kan borgarane få ei enkel, nøytral og objektiv rettsleg undersøking og vurdering av dei avgjerdene styresmaktene tek. Det er heller ikkje berre avgjerder i forvaltninga ombodsmannen kan undersøkje og overprøve. Han kan òg kontrollere styresmaktene sin handlemåte, unnlatingar dei har gjort seg skuldige i, og andre tilhøve knytte til verksemda i forvaltninga. Når forvaltninga ikkje svarer, når saksbehandlinga dreg ut, når det ikkje lèt seg gjere å få kontakt med forvaltninga, eller når tenestemennene i forvaltninga oppfører seg på ein uhøvisk eller krenkjande måte, kan borgarane klage til ombodsmannen. Gjennom ombodsmannen kan borgarane på ein praktisk og billeg måte få saka si, eller det problemet dei har med ei offentlig styresmakt, gjennomgått og vurdert. For den enkelte kan undersøkingane hos ombodsmannen vere eit nyttig og praktisk alternativ til å måtte gå til domstolane. Det er òg viktig at den enkelte kan klage til ombodsmannen på eiga hand utan å bruke sakkunnig hjelp, til dømes advokat.

Ved kontoret arbeider 32 juristar og eit administrativt støtteapparat på 13 personar. Kontoret er inndelt i fem avdelingar med ansvar for kvar sine fagområde. Inndelinga i fagavdelingar gir ombodsmannen og dei ulike kontorsjefane ei kontinuerleg oversikt over saksporføljen og betre føresetnader for å prioritere og effektivisere saksbehandlinga. Ombodsmannen les personleg alle klager som kjem inn, og tek standpunkt i alle saker som blir tekne opp

med forvaltninga og, etter tilhøva, i saker som blir avslutta utan nærmare undersøkingar.

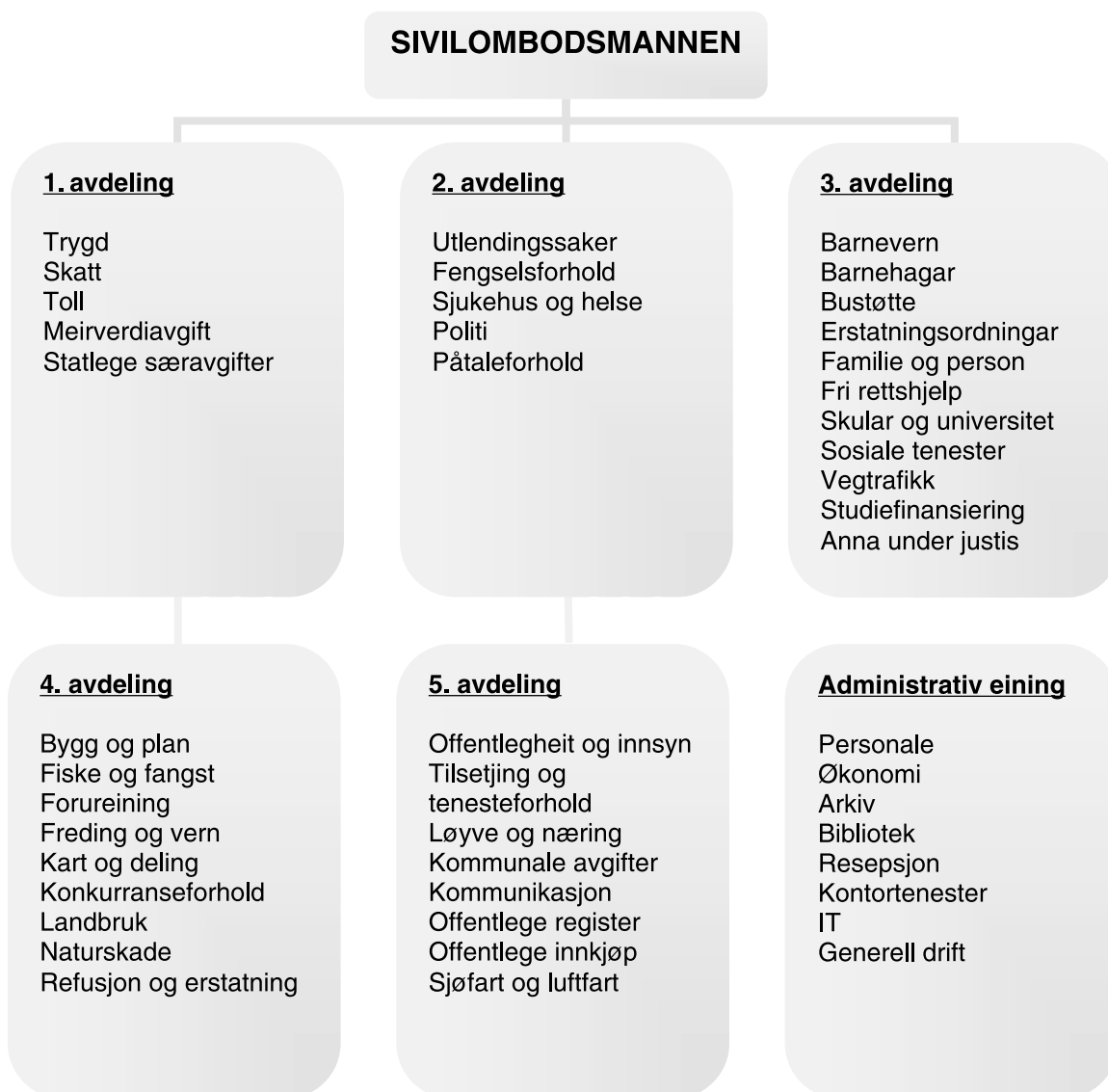
### 2. Klager i 2007 og utfallet av behandlinga hos ombodsmannen

---

I 2007 kom det inn 2126 klager. 926 av desse klageane blei avviste på formelt grunnlag. Klager retta mot organ, institusjonar og andre sjølvstendige rettssubjekt som ikkje er ein del av den offentlege forvaltninga, fell utanfor ombodsmannsordninga og blir avviste. Også dersom ein anke- eller klageinstans i forvaltninga ikkje er utnytta, blir ei klage til ombodsmannen vanlegvis avvist, for som hovudregel skal kontrollen hos ombodsmannen vere etterfølgjande. Det vil seie at forvaltninga sjølv må få høve til å behandle og avgjere spørsmålet som klaga til ombodsmannen gjeld. Endeleg er det ein tidsfrist for å klage til ombodsmannen. Klager til ombodsmannen må vere framsette seinast eitt år etter at tenestehandlinga eller forholdet det blir klaga over, blei utført eller opphøyrd.

Ombodsmannen må òg avgjere om det ligg føre tilstrekkeleg grunn til å behandle klaga. Alle klager blir gjennomgått med sikte på å avgjere kva som eventuelt skal skje. Når det blir klaga på forvaltningsavgjerder, ber ombodsmannen forvaltninga om å sende saksdokumenta. Såleis er det rett å seie at alle klager blir undersøkte. Men det som blir framført i klaga, og det som går fram av saksdokumenta, avgjer kor omfattande undersøkinga blir, og korleis den vidare behandlinga blir. I den undersøkinga som blir utført i den innleiande fasen, blir klaga, saksdokumenta som klagaren har sendt inn, og dei innsende saksdokumenta frå forvaltninga gjennomgått. Siktemålet no er å finne ut om det er noko som tyder på at det kan vere gjort feil eller urett mot den som har klaga. Sjølv om det blir konstatert at det er gjort feil, bør feilen vere så pass alvorleg at det kan vere grunn til å påtale han. Mindre feil, og feil som kan synast å ha vore eit eingongstilfelle, gir normalt ikkje grunn til vidare behandling. I nokre slike tilfelle kan ombodsmannen sende klaga vidare til den styresmakta klaga gjeld, med oppmoding om å merkje seg det klagaren har sagt, og ei tilråding om korleis forvaltninga bør innrette seg i framtida.

Det er meininga at undersøkingane skal bli gjennomført nokså fort. Behandlinga av klageane må derfor ikkje blir for omfattande. Saksbehandlinga skal sjølvstendige vere forsvarleg, men må samtidig vere en-



kel og uformell. Klagaren og forvaltninga må få høve til å uttale seg og leggje frem relevant materiale, men saksbehandlinga må ikkje bli for omstendelig. Behandlinga skal ikkje vere ein domstolsprosess. Krava til saksbehandlinga må rette seg etter siktemåla med ombodsmannsordninga, nemleg at ho skal vere trygg, men samtidig rask, enkel og billeg. Undersøkingane må vere avgrensa til ein gjennomgang av saksdokument og anna skriftleg materiale. Ombodsmannen kan normalt ikkje avhøyre partar eller vitne, og det er heller ikkje vanleg å halde synfaringar. Vidare er ombodsmannskontrollen først og fremst tenkt som ein rettsleg kontroll. Det inneber at saker der utfallet av behandlinga i forvaltninga er bygd på bevisvurderingar av faktisk eller skjønsmessig art, og der dokumenta i saka ikkje gir nærmare rettleiing, kan vere mindre eigna for behandling hos ombodsmannen. Då kan domstolsbehandling vere eit betre alternativ.

Av dei sakene som blei tekne opp til nærmare granskning i 2007, blei 829 avslutta etter ein gjen-

nomgang av klaga og saksdokumenta som forvaltninga hadde sendt inn, men utan at saka elles blei lagt fram for eller teken opp med forvaltninga. I 570 av desse sakene, viste det seg, etter ein gjennomgang av klaga og saksdokumenta, at klaga opplagt ikkje kunne føre fram. I dei andre 259 sakene var ein telefon til forvaltninga nok til å ordne opp i saka. Desse sakene gjaldt hovudsakleg lang behandlingstid eller manglande svar frå forvaltninga.

Av dei mottekne klagene enda 178 med ei eller anna form for kritikk eller oppmoding til forvaltninga. Det følgjer av ombodsmannslova § 10 første ledd at ombodsmannen kan «uttale sin mening om saken». Ombodsmannen kan altså påpeike at det er gjort feil i saksbehandlinga eller rettsbruken, og han kan gi uttrykk for at ei avgjerd må reknast som ugyldig, klart urimeleg eller i strid med god forvaltningspraksis. Dessutan kan han gi uttrykk for at det bør ystast erstatning dersom forvaltninga har gjort feil som tilseier det. Viktig er det òg at ombodsmannen kan påpeike at det knyter seg rimeleg tvil til avgjer-

der som det er klaga på. Slik tvil kan gjelde både faktiske og rettslege forhold. Når ombodsmannen meiner at det er handla feil eller gjort urett, ber han normalt forvaltninga om å vurdere eller behandle den aktuelle saka på nytt. Erfaring tilseier at forvaltninga følgjer slike oppmodingar frå ombodsmannen. Vanlegvis legg forvaltninga òg til grunn dei oppfatningane ombodsmannen gir uttrykk for. Hovudinntrykket er at forvaltninga rettar seg lojalt etter det ombodsmannen ber eller oppmodar om. Når forvaltninga ikkje rettar seg etter ombodsmannen, kan ombodsmannen rå borgaren til å reise sak for domstolane. Konsekvensen av det er at borgaren har krav på fri sakførsel, jf. rettshjelpslova 13. juni 1980 nr. 35 § 16 første ledd nr. 3. Ingen saker har gitt grunnlag for å tilrå søksmål i 2007.

Kapittel IV inneheld referat av dei viktigast fråsegnene frå ombodsmannen i klagesaker i meldingsåret 2007.

### 3. Saker som er tekne opp av eige tiltak

I tillegg til å behandle klager frå borgarane kan ombodsmannen ta opp saker av eige tiltak. Når han gjer det, er det vanlegvis fordi han i samband med behandlinga av ei klagesak har fått kjennskap til ulovlege eller uheldige tilhøve som det kan vere grunn til å ta opp særskilt. Dersom ombodsmannen får inn fleire klager som gjeld det same spørsmålet, kan det òg vere meir praktisk å ta saka opp på generelt grunnlag og av eige tiltak enn å forfølgje dei konkrete enkeltsakene. Det kan òg vere at opplysningar publikum gir til ombodsmannen, eller opplysningar som kjem fram i media, kan gi grunn til å ta opp saker av eige tiltak. I meldinga for 2004 og 2005 er denne viktige sida ved arbeidet til ombodsmannen nærmare omtalt.

I meldingsåret 2007 har ombodsmannen teke opp 41 saker av eige tiltak, mens talet i 2006 var 40.

Av sakene som blei tekne opp av eige tiltak i 2007, er desse refererte i kapittel IV:

- Sak nr. 10: Innsyn i internt budsjettnotat om miljøskadelige subsidier
- Sak nr. 15: Møteoffentlighet i Nesna kommune
- Sak nr. 52: Saksbehandlingen av midlertidige vedtak i fylkesnemndene for sosiale saker
- Sak nr. 61: Forebygging av selvdrap og selvbeskadigelse i fengsel
- Sak nr. 72: Saksbehandling - bruk av boketter-synsrevisor til å utarbeide utkast til ligningsnemnda i endringssaker
- Sak nr. 78: Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune - saksbehandlingstid, siloordning (køsystem for fordeling til saksbehandler), svar på henvendelser og informasjon om reell saksbehandlingstid

- Sak nr. 90: Adgangen til å gi rammetillatelse i byggesaker der sektormyndigheten har stilt seg negativ til tiltaket - om reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 gir anvisning på en samtykkeordning
- Sak nr. 97: Spørsmål om boplikt for jord- og skogbrukseiendommer

### 4. Særskild melding til Stortinget

I dokument nr. 4:1 (2006-2007) gav eg 15. februar 2007 særskild melding til Stortinget med heimel i lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 12 andre ledd. Meldinga gjaldt ei undersøking om ein del forhold ved Politiets utlendingsinternat på Trandum.

Bakgrunnen for undersøkinga var eit møte med Politiets utlendingseining hausten 2005 og eit påfølgjande besøk ved utlendingsinternatet i mars 2006. Politiets utlendingseining har ansvaret for drifta av internatet, som er ein lukka, fengselsliknande institusjon for visse grupper utlendingar utan lovleg opphald i riket eller med uavklart identitet. Internatet er heimla i utlendingslova 24. juni 1988 nr. 64 § 37 d, og ein domstol vedtek internering etter nærmare kriterium i lova.

Sentralt i undersøkinga stod den rettslege reguleringa av drifta ved internatet, og særleg bruken av tvang, makt og kontrolltiltak mot dei internerte. Vidare omfatta undersøkinga bruken av innleigde vektatar, inspeksjonsrutinar, mat- og aktivitetstilbod, samtykke til internering og tilsyn med internatet.

Som det går fram av dokument nr. 4:1 (2006-2007), var mangelen på ei nærmare rettsleg regulering av internatdrifta slåande og klart uheldig for rettstryggleiken til dei internerte. Dette var særleg uheldig i kombinasjon med at det ikkje var etablert noko eksternt tilsyn med internatet. Vidare var det uheldig at drifta og rutinane ikkje var tilpassa dei utlendingane som er internerte over lengre tid. Eg var òg kritisk til mellom anna mattilbodet slik det var på tidspunktet for besøket, aktivitetstilbodet for utlendingar med lengre opphald og visse sider ved bruken av innleigde vektatar utan politimynde.

Utlendingslova § 37 d blei endra ved lov 29. juni 2007 nr. 41, som tok til å gjelde 1. juli 2007, og regulerer no rettane til dei internerte og den fullmakta politiet har til mellom anna å setje i verk kontrolltiltak og bruke maktmiddel. Det skal opprettast eit uavhengig tilsynsråd for å «føre tilsyn med driften av utlendingsinternatet og behandlinga av utlendingane som oppholder seg der». Eit forslag til nærmare forskrifter, med heimel i lova, er venta om kort tid. Eg er òg kjend med at eit aktivitetssenter på internatområdet er teke i bruk, og at innleigde vektatar er erstatta med eige tilsett vaktpersonale. Kosthaldet blei endra allereie før ombodsmannen hadde avslutta undersøkingane sine.

Eg vil framleis følgje med på utviklinga ved Politiets utlendingsinternat og sjå til at eit tilsynsråd blir oppretta. Behovet for dette blei nyleg påpeikt av FN's torturkomité (CAT) etter at Noreg hadde sendt sin femte periodiske rapport til komiteen.

## 5. Møte og besøk

---

I meldingsåret er det halde møte med ei rekkje ulike organisasjonar og offentlege etatar. Møta opnar for menings- og informasjonsutveksling og gir meg og medarbeidarane mine nyttig innsikt i forvaltningsverksemda og eit betre grunnlag for å behandle sakene.

I år har eg besøkt Skien fengsel og Vadsø fengsel. Besøka har gitt høve til å møte fangar og tilsette direkte, og likeins til å gjere ombodsmannsordninga betre kjend. Dessutan har det vore nyttig å bli orientert om verksemda og utfordringane ved kvart av fengsla. Begge besøka gav grunnlag for oppfølging med spørsmål til fengsla om ulike tilhøve som besøka hadde avdekt.

Eg har òg besøkt Haukeland universitetssjukehus, psykiatrisk divisjon, Sandviken. Vidare har det vore halde møte med fylkesmennene i Vest-Agder, Troms og Finnmark. Forutan gjensidig orientering om verksemda har tema for møta mellom anna vore vanlege forvaltningsrettslege spørsmål og spørsmål om behandlinga av saker etter sosialtenestelova, barnevernslova og plan- og bygningslova.

Gjennom året har eg og medarbeidarane mine elles delteke på fleire seminar og kurs og halde ei rekkje føredrag og førelesingar.

Delegasjonar frå mange land har vore på besøk. Det er stor internasjonal interesse for å få informasjon om oppgåvene, funksjonane og verkemåten til den norske ombodsmannsordninga. Kontakten med utanlandske institusjonar gir dessutan kunnskap som er verdifull for eige arbeid. Forutan brei kontakt med dei nordiske ombodsmennene har eg delteke på fleire internasjonale møte, mellom anna ein rundebordskonferanse om menneskerettar som den greske ombodsmannen og menneskerettskommisæreren i Europarådet arrangerte i Aten, det sjette internasjonale seminaret for europeiske ombodsmenn, som blei halde i Strasbourg, og den femte internasjonale konferansen om offentleggjering og innsyn (International Conference of Information Commissioners), som i år var lagt til New Zealand. Som ledd i eit samarbeid Noreg har innleidd med Kina for å styrkje menneskerettane der, var eg i oktober 2007 på besøk i Beijing og Shanghai. Dette besøket er nærmare omtalt på side 15.

Ei fullstendig oversikt over møte-, besøks- og føredragsverksemda går fram av vedlegg 2.

## 6. Høyringsfråsegner

---

Med jamne mellomrom får eg forslag til nye eller endra regelverk til høyring frå forvaltninga. I 2007 kom det inn 97 høyringsforslag. Med unntak av saker som direkte vedgår ombodsmannsinstitusjonen eller forhold som han tidlegare har behandla, har ombodsmennene før meg og eg av prinsipielle grunnar vore tilbakehaldne og forsiktige med å gi høyringsfråsegner til lovforslag. Utgangpunktet for undersøkingane er gjeldande lovgiving, og det fell utanfor mandatet til ombodsmannen å overprøve dei vurderingane lovgivaren har gjort. I 2007 gav eg éin høyringsuttale.

Høyringssaka gjaldt eit forslag frå Finansdepartementet om forskrift om skatteklagenemnder og forskrift om når vedtak fatta av skatteklagenemnda kan leggjast fram for riksskattenemnda til overprøving. I høyringsfråsegna la eg til grunn at det ikkje var tanken at likningsstyresmaktene etter at ein ny klage- og nemndstruktur var innført i skatteetaten, rettsleg eller faktisk skulle stå mindre fritt til å ta opp ei sak til endring i favør av skattytaren etter at ombodsmannen hadde uttalt seg og bedt om ny behandling av saka. Eg fann likevel grunn til å be om at departementet i det vidare forskriftsarbeidet vurderte kor vidt det var nødvendig å tydeleggjere, eventuelt forskriftsfeste, både om desse spesielle endringssakene skulle fremjast for skattekontoret, den regionale skatteklagenemnda eller riksskattenemnda, og om skattekontoret eller Skattedirektoratet skulle vere førebuaende organ i desse endringssakene.

Det er mogleg at eg skal vera meir open for å gje uttrykk for korleis eg ser på spørsmål om tilhøva til Den europeiske menneskerettskonvensjonen og andre internasjonale konvensjonar. Det vil vera meir i samsvar med det eg i dag forstår som manglar ved lovgjeving, forskrifter og forvaltningspraksis, jf. ombodsmannslova § 11.

## 7. Arbeidet med å sikre at menneskerettane blir respekterte

---

Også i 2007 har arbeidet med internasjonale spørsmål og menneskerettar vore ein viktig del av oppgåvene til ombodsmannen. Arbeidet med å sikre at forvaltninga følgjer opp norske plikter på menneskerettsområdet, er òg blitt styrkt. Eg ser på dette arbeidet som ei side ved det generelle arbeidet mitt. Ved kontoret er det organisert ei eiga ressursgruppe som skal halde seg spesielt orientert om internasjonale spørsmål.

### Endringar i ombodsmannslova og ombodsmannsinstruksen med omsyn til menneskerettsarbeidet

I 2007 blei både ombodsmannslova og ombodsmannsinstruksen endra. Bakgrunnen for endringane

var ein førespurnad frå Stortinget i samband med oppfølginga av resolusjon 1516 (2006) frå parlamentarikarforsamlinga i Europarådet. Ifølgje resolusjonen bør nasjonalforsamlingane i medlemsstatane ha eit overordna ansvar for å sikre at nasjonale styresmakter implementerer avgjerder frå menneskerettsdomstolen (EMD). I svaret til Stortinget gav eg uttrykk for at overvaking og kontroll med den norske oppfølginga av dommar frå EMD allereie måtte seiast å liggje innanfor arbeidsområdet til ombodsmannen, og at ein slik kontroll derfor strengt teke ikkje kravde endringar i lov eller instruks. For å klargjere dette, blei det teke inn ei føresegn i instruksjonen om at ombodsmannen i årsmeldinga si òg skal orientere om arbeidet med å overvake og kontrollere at offentleg forvaltning respekterer og sikrar menneskerettane.

Eg føreslo òg endringar i formålsformuleringa i ombodsmannslova § 3 for å skape harmoni med staten sine grunnlovsfesta plikter når det gjeld menneskerettane, slik dei er nedfelte i Grunnlova § 110 c. Etter Grunnlova § 110 c skal styresmaktene «respektere og sikre menneskerettighetene». Etter forslaget til endring i ombodsmannslova § 3 skal arbeidet til ombodsmannen gå ut på å overvake og kontrollere at forvaltninga «respekterer og sikrer menneskerettighetene».

Endringane i lova og instruksjonen blei vedtekne av Stortinget i samsvar med forslaget og tok til å gjelde 1. juli 2007. Ombodsmannslova og instruksjonen, slik dei lyder etter endringa, er tekne inn som vedlegg 4 og 5 til årsmeldinga.

### **Internasjonale pålegg som forvaltninga følgjer opp**

I samband med oppgåva med å kontrollere at forvaltninga følgjer opp dommar frå EMD mot Noreg, vil eg nemne ei sak frå 2007: Den norske staten blei i dom 29. juni 2007 dømd av EMD i ei sak om faget kristendomskunnskap med religions- og livssynsorientering (KRL). Domstolen fann at ordninga med avgrensa fritak frå undervisninga i KRL-faget var i strid med artikkel 2 i protokoll nr. 1 (rett til utdanning) til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Eg har merkt meg at Kunnskapsdepartementet på bakgrunn av dommen har føreslått endringar i opplæringslova (lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa) i eit høyringsnotat utsendt ved høyringsbrev 5. desember 2007.

Elles er eg kjend med avgjerda i EFTA-domstolen 30. oktober 2007 i ei sak som gjaldt dei utvida rettane til enkjer som var gifte med menn som blei medlemmer av Statens pensjonskasse før 1. oktober 1976. Enkjene har vore unnatekne frå regelen som blei innført i 1976 om at pensjonen skal reduserast dersom mottakaren har inntekt, mens enkjemenn som var gifte med kvinner som blei medlemmer før 1. oktober 1976, og som har hatt inntekt, har fått re-

duert enkjemannspensjonen. EFTA-domstolen kom til at ei slik forskjellsbehandling av enkjemenn bryt med likestillingsdirektivet frå EU (Rdir 86/378/EØF). Fornyings- og administrasjonsdepartementet har gitt uttrykk for at Regjeringa vil endre reglane, slik at dei blir i tråd med likestillingskrava i EFTA-domstolen. For å halde meg orientert om korleis forvaltninga følgjer opp avgjerda i EFTA-domstolen, bad eg om å få tilsendt høyringsforslaget til endringa i lova.

### **Ombodsmannens menneskerettsseminar**

I november 2007 blei det arrangert eit menneskerettsseminar med tittelen «Utsatte gruppers menneskerettighetsvern i Norge». Vel 100 deltakarar frå offentleg forvaltning, private advokatfirma og ulike interesseorganisasjonar deltok. Seminaret tok særleg for seg menneskerettsvernet til personar utan lovleg opphald og vernet for personar som er avhengige av økonomiske og andre ytingar frå det offentlege. Europarådskommisæreren for menneskerettar, Thomas Hammarberg, var invitert og innleidde seminaret.

### **Arbeidet med å styrkje menneskerettane i Kina**

Også i 2007 har ein juridisk medarbeidar ved kontoret med særleg kjennskap til kinesisk språk og kinesiske forhold vore stilt til disposisjon for Utanriksdepartementet for å hjelpe til i den norske innsatsen for å styrkje menneskerettane i Kina. Ho har teke del i organiseringa og tilrettelegginga av fleire møte, besøk, seminar og konferansar både her og i Kina. Rettane til fangar og pågripne og dei grunnleggjande menneskerettane etter norske og internasjonale standardar har vore tema for desse aktivitetane. Eit internasjonalt seminar under tittelen «Serving Sentences in the Community, the Supervisory Mechanism and the Protection of Human Rights» blei halde med 100 deltakarar i Kina. Dei aller fleste deltakarane var kinesiske statsadvokatar, leiarar frå fengselsavdelinga ved det kinesiske riksadvokatembetet og representantar frå det kinesiske justisdepartementet. Bakgrunnen for seminaret var oppmodinga frå Kina om meir informasjon om norsk lovgiving og praksis med omsyn til samfunnsstraff og andre straffereaksjonar som alternativ til fengsling.

Gjennom fleire år har eg og medarbeidarane mine delteke i menneskerettsdialogen mellom Noreg og Kina og på denne måten hatt kontakt med kinesiske styresmakter. I oktober/november 2007 hadde eg saman med to av medarbeidarane mine møte i Beijing og Shanghai med representantar frå National Peoples Congress, Ministry of Supervision, Ministry of Public Security, Supreme People's Procuratorate og Shanghai Municipal People's Congress. Eg besøkte dessutan eit ungdomsfengsel i Beijing og heldt føredrag om den norske ombodsmannsordninga ved Renmin University Law School i Beijing og Fudan University Law School i Shanghai. Vi besøkte òg



den norske ambassaden i Beijing og det norske generalkonsulatet i Shanghai.

### Andre aktiviteter knytte til arbeidet med internasjonale spørsmål og menneskerettar

Europarådskommisæreren for menneskerettar har invitert til å delta i eit samarbeid mellom nasjonale ombodsmenn og menneskerettsstrukturar i medlemsstatane i Europarådet. Formålet med samarbeidet er å utveksle informasjon om korleis dei ulike medlemsstatane gjennomfører EMK og avgjerder frå EMD. Ein representant for meg deltok på det første møtet, som blei halde i Strasbourg i november 2007. Der blei det mellom anna påpeikt at ombodsmenn spelar og kan spele ei viktig rolle i å kontrollere at medlemsstatane gjennomfører EMK og avgjerder frå EMD, og at dei kan gi viktige tilbakemeldingar til kommisæreren og Europarådet. Dette internasjonale samarbeidet på menneskerettsområdet kan medverke til å intensivere arbeidet med å overvake norsk forvaltning i gjennomføringa av EMK og avgjerder frå EMD mot Noreg.

Som ombodsmann er eg medlem av det rådgivande utvalet som Norsk senter for menneskerettar har sett ned for å arbeide med Nasjonal institusjon for menneskerettar, og eg har i kraft av dette delteke på to møte i 2007.

Vidare har eg delteke på møte i Utanriksdepartementet om situasjonen i EMD og reformarbeidet der.

Den internasjonale ressursgruppa ved kontoret mitt har i 2007 vore på studietur til Noregs faste delegasjon til Europarådet, Den europeiske menneskerettsdomstolen, menneskerettskommisæreren i Europarådet, EFTA-domstolen, EF-domstolen og EFTA-overvakingsorganet (ESA). Formålet med turen var å knyte kontakt med institusjonane og auke kunnskapen om arbeidet dei gjer.

Informasjon om saker eg har behandla i 2007, og som vedgår éin eller fleire internasjonale menneskerettskonvensjonar, er å finne via emne- og stikkordregisteret bakarst i årsmeldinga under emneordet «Menneskerettigheter», eller gjennom lovregisteret under punktet «Konvensjoner».

## 8. Saksbehandlingstid

Tida det tek å behandle klagesakene, varierer etter kva saka gjeld, kor omfattande ho er, og kva undersøkingar som synest nødvendige for å få saka tilstrekkeleg opplyst. Normalt får klagaren svar innan ei veke etter at klaga er motteken. Dersom klaga må avvisast på formelt grunnlag, blir det som regel avklart straks. Er det grunn til å undersøkje saka nærmare og ta henne opp med forvaltninga, kan det ta noko tid før saka er avslutta. Det heng saman med at det aktuelle forvaltningsorganet i desse sakene må få gjere greie for sitt syn på klaga. Utgreiinga frå forvaltninga blir så oversend til klagaren for merkna-

der, som forvaltningsorganet deretter får høve til å kommentere. Både omsynet til kontradiksjon og omsynet til at saka skal bli best mogleg opplyst, medfører at behandlingstida for desse sakene kan bli etter måten lang. For saker som gjeld innsyn i saksdokument frå forvaltninga, er saksbehandlingstida derimot kortare enn for andre sakstypar.

Det kan vere vanskeleg å gi opp gjennomsnittleg saksbehandlingstid for alle saker som blir behandla. Målet er at saksbehandlingstida skal liggje innanfor desse tidsrammene, avhengig av kva som skjer med saka:

- Formell avvising: 1 veke
- Avslutting, men med ei førebels undersøking av klaga for å avklare om det er tilstrekkeleg grunn til å gå vidare med klaga, det vil seie ta opp klaga med forvaltninga: 4-8 veker
- Avslutting etter at saka har vore teken opp med forvaltninga (fråsegn): 3-6 mnd

## 9. Innsyn i saksdokumenta hos ombodsmannen

Reglane om dokumentinnsyn hos ombodsmannen går fram av ombodsmannslova § 9, jf. ombodsmannsinstruksen § 11. I 2007 blei det registrert 622 krav om innsyn i saksdokument, mot 426 i 2006 og 360 i 2005. På grunnlag av krava blei det gitt innsyn i 435 dokument, av desse 135 berre delvis. 56 innsynskrav blei avslått. Normalt blir det svart på innsynskrav same dagen, og seinast i løpet av éin til tre dagar.

Den offentlege journalen er tilgjengeleg på nettstaden [www.sivilombudsmannen.no](http://www.sivilombudsmannen.no), og her kan det òg bestillast innsyn i saksdokumenta hos ombodsmannen.

## 10. Nettstad og kommunikasjon med klagarar via e-post og telefon

Nettstaden [www.sivilombudsmannen.no](http://www.sivilombudsmannen.no) gir informasjon om ombodsmannsordninga og framgangsmåten for å klage. Dei fleste fråsegnene mine blir lagde ut på nettstaden etter kvart saman med anna relevant nytt frå kontoret. Tidlegare fråsegner kan òg søkjast opp.

Nettstaden blei utvikla i 2002-2003 og treng både teknisk og innhaldsmessig forbetring for å oppfylle dei krava som blir stilte til offentlege nettstader i dag. I 2007 blei det derfor sett i gang eit arbeid med å vidareutvikle nettstaden. Formålet er å gjere han teknisk lettare tilgjengeleg for alle brukargrupper og meir brukarvennleg, og å sikre at brukarane har lett tilgang til informasjonen som blir gitt. Ein viktig del av arbeidet er å gjere det enklare å søkje i tidlegare fråsegner. Den nye nettstaden skal vere ferdig i løpet av 2008.

Mange sender e-brev. I 2007 kom det inn om lag 6000 e-brev og av desse er over halvparten blitt registrert på saker. E-post skal ikkje innehalde person-sensitive opplysningar, og derfor blir det normalt berre gitt orienteringar og svar på generelle førespurnader på denne måten. Når klager blir sende inn som e-brev, blir klagaren bedt om å sende inn ei signert klage med vanleg post. Under arbeidet med å fornye nettstaden kjem ein til å vurdere om det kan leggjast betre til rette for sikker elektronisk kommunikasjon med klagarane.

Mange tek kontakt per telefon. I 2007 har det blitt svart på minst 1400 telefonar. På telefonen kan eg og medarbeidarane mine i første rekkje gi rettleiing om kor vidt ei sak kan klagast inn for ombodsmannen, og korleis klagaren i så fall bør gå fram. I tillegg gir vi i stor grad rettleiing om kven vedkommande kan gå til dersom saka er av ein slik karakter at ho ikkje kan påklagast til ombodsmannen, til dømes fordi klageretten i forvaltninga ikkje er utnytta til fulle.

Nokre kjem til oss med generelle juridiske spørsmål knytte til ei forvaltningssak, eller dei ber om råd om korleis dei bør stille seg overfor forvaltninga i ei pågåande sak. Eg og medarbeidarane mine kan berre i svært liten grad svare på slike førespurnader, mellom anna fordi ombodsmannen ikkje har i oppgåve å opptre som partsrepresentant for enkeltborgarar overfor offentlege styresmakter, og heller ikkje å drøfte generelle juridiske spørsmål som ikkje knyter seg til ei aktuell klagesak.

## 11. Organisasjon og personale

Per 31. desember 2007 hadde ombodsmannskontoret 42 årsverk, av desse ombodsmannen, seks kontorsjefar og ein administrasjonssjef. Kontoret hadde 24 årsverk for juridiske saksbehandlarar og 10 årsverk knytte til administrasjonen. IT-støtte blir leigd inn på timebasis. I tillegg kjem eit årsverk som er finansiert av Utanriksdepartementet med ombodsmannen som arbeidsgivar. Denne juristen arbeider med menneskerettsspørsmål i Kina og har som spesialoppgåve å fremje rettane til innsette og fungere som kontaktperson mellom kinesiske og norske styresmakter.

Kontoret er delt inn i fem avdelingar. På årsbasis er arbeidet organisert slik at sakstilfanget og arbeidsmengda i avdelingane skal vere likast mogleg. I 2007 har situasjonen stort sett vore tilfredsstillande. Arbeidsområda i dei ulike fagavdelingane går fram av organisasjonskartet i dette kapitlet.

Kvar avdeling har ein kontorsjef som leiar. Fordelinga av dei juridiske medarbeidarane på dei fem fagavdelingane går fram av personaloversikta i vedlegg 1. Av oversikta går det òg fram korleis administrasjonen er samansett og arbeider.

Kontoret tok i bruk nye lokale i 8. etasje i siste halvdel av mai.

## 12. Likestilling

### Faktisk tilstand

Ut frå eit samla tal på 45 personar (42 årsverk) var forholdstalet mellom kvinner og menn ved kontoret slik per 31. desember 2007:

50 kvinner: 66 %  
15 menn: 34 %

I leiargruppa sit seks personar - fem kontorsjefar og ein administrasjonssjef. (Den eine kontorsjefen har spesialoppdrag og tel ikkje med i statistikken for leiargruppa.)

3 kvinner: 43 %  
4 menn: 57 %

I nestleiarfunksjonane i dei fem avdelingane sit fire kvinner og ein mann.

For dei 26 juridiske saksbehandlarane (medrekna nestleiarar) er fordelinga slik:

16 kvinner: 62 %  
10 menn: 38 %

I administrasjonen er det 12 kvinner: 100 %.

### Lønn

Kontoret har ein stillingsstruktur og ein lønnspolitikk som stiller alle likt når det gjeld høve til lønnsopprykk og avansement. Av dei juridiske saksbehandlarane er 13 seniorrådgivarar (fire menn og ni kvinner), fire rådgivarar (to menn og to kvinner) og ni førstekonsulentar (fire menn og fem kvinner).

Administrasjonen tel ein rådgivar, ein arkivleiar, ein seniorkonsulent, ein førstekonsulent og åtte konsulentar.

### Arbeidstid

Ombodsmannen har ingen normerte deltidstillingar, men redusert arbeidstid fordeler seg slik:

	Heiltid	Redusert arbeidstid
Juridiske saksbehandlere:		
Kvinner .....	11	5
Menn .....	8	21
Administrasjonen:		
Kvinner .....	9	3

Overtid fordeler seg slik:

	Overtids- timar
Juridiske saksbehandlere .....	118
Kvinner .....	28
Menn .....	90
Administrasjonen .....	0

### Iverksatte tiltak

Ein einsarta lønnspolitikk og stillingsstruktur ligg til grunn for verksemda ved kontoret. Ved rekruttering blir det teke omsyn til at kjønnsfordelinga skal vere jamn. Alle tilsette har lik tilgang til kompetanseheving.

Arbeidstidsreglane og praktiseringa av dei legg til rette for fleksibilitet både for kvinner og menn, og det same gjeld permisjonsreglane i forhold til omsorg og karriereutvikling.

### Planlagde tiltak

I praktiseringa av personalpolitikken blir det lagt vekt på kjønnsrelaterte spørsmål, og det blir alltid lagt opp til best mogleg tilpassing for kvar medarbeidar.

## 13. Kva står i årsmeldinga?

Årsmeldinga opnar med eit personleg forord av ombodsmannen. Deretter kjem fem kapittel:

I dette kapitlet, kapittel I, er det gjort greie for dei ulike oppgåvene ombodsmannen arbeider med, og kva saker ombodsmannen behandlar. Kapitlet inneheld i tillegg opplysningar om administrative forhold, og det er mellom anna gjort greie for behand-

linga av innsynskrav og gitt ei oversikt over møte og besøk i 2007.

Kapittel II gir statistiske oversikter over saksbehandlinga og sakene som har vore til behandling i året som er gått.

Deretter er det i kapittel III gjort greie for manglar ved lover, forskrifter og praksis som er avdekte på bakgrunn av saksbehandlinga siste året.

Kapittel IV presenterer eit utval av sakene som har vore til behandling i 2007. Sakene er systematisk inndelte etter kva saksområde dei høyrer inn under. Registra bak i årsmeldinga kan òg brukast til å finne fram til saker om bestemte tema. Med desse registra kan det søkjast både på bestemte emne- og stikkord og på føresegner i ulike lover og forskrifter. Måten sakene er systematiserte på, gjer det samla sett lettare for lesaren å finne fram til saker som kan vere av interesse.

Kapittel V inneheld opplysningar om korleis forvaltninga har følgd opp fråsegner frå tidlegare år. Slike tilleggsopplysningar er normalt tekne med når forvaltninga er beden om å gjennomføre ny behandling av ei sak som er referert i årsmeldinga for eit tidlegare år.

Til sist i årsmeldinga er det teke inn lovregister og emne-/stikkordregister over sakene som er refererte i kapittel IV. Det er òg teke inn fleire vedlegg: oversikt over møte og besøk i 2007, oversikt over personalet, Grunnlova § 75 bokstav 1, ombodsmannslova og ombodsmannsinstruksen og ei orientering om ombodsmannsordninga på bokmål, nynorsk og samisk.

## II. Statistikk

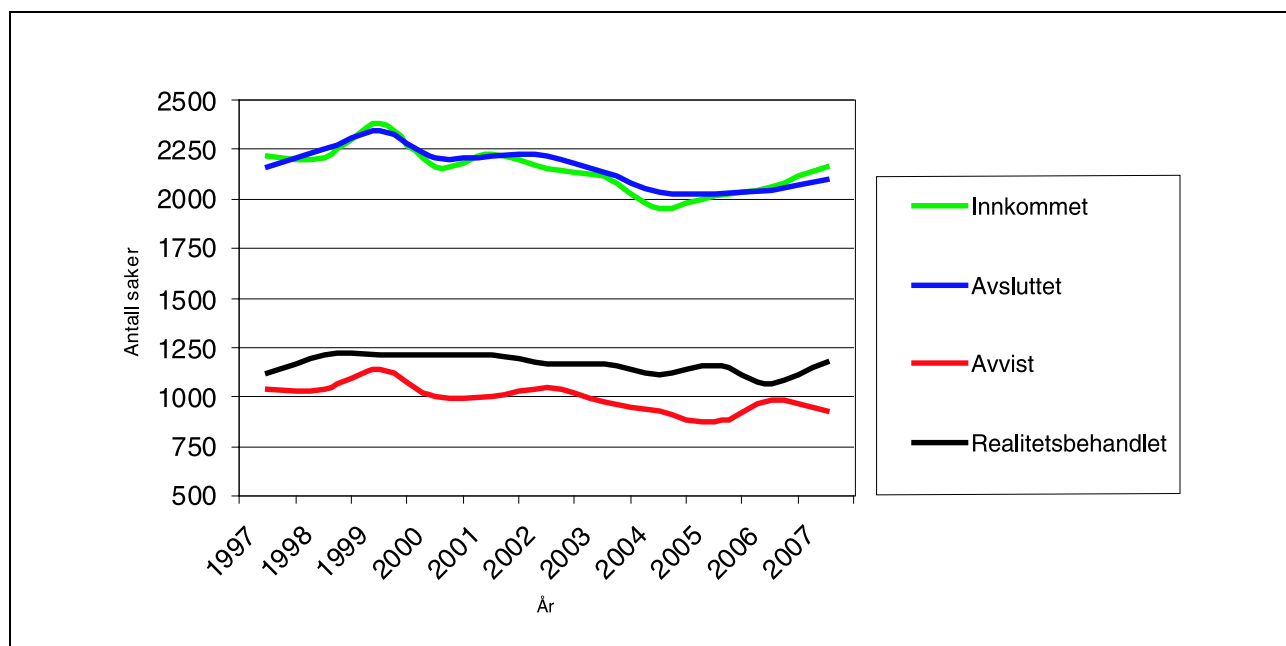
### 1. Innledning

I dette kapitlet presenteres opplysninger om de sakene ombudsmannens kontor har behandlet i meldingsåret. Kapitlet gir en oversikt over tilgangen på saker i løpet av året, avsluttede saker, uavsluttede saker ved årets slutt, sakenes utfall, samt fordeling av saker geografisk, på forvaltningsorganer og saksområder.

Figur 1.1 gir en samlet oversikt over innkomne og avsluttede saker, avviste og realitetsbehandlede for siste ti-års periode. Tallmaterialet bak figuren utdypes i det følgende.

I tillegg til det tallmaterialet som fremkommer i dette kapitlet, nevnes at det i meldingsåret ble registrert 17070 dokumenter, av disse er 7614 innkomne dokumenter og 9456 er utgående. Antall innkomne e-poster i løpet av året er ca. 6000, og av disse er over halvparten blitt registrert på saker (inklusive administrative saker). I tillegg kommer ca. 1400 generelle forespørsler over telefon. Det ble videre avholdt 48 konferanser med privatpersoner som ønsket informasjon om klagemuligheten hos ombudsmannen.

**Figur 1.1 Innkomne og avsluttede saker - avviste og realitetsbehandlede 1997 - 2007**



### 2. Tilgangen på saker i meldingsåret

Grunnlaget for ombudsmannens arbeid er hovedsakelig klager fra borgerne. Ombudsmannen kan imidlertid også ta opp saker av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven § 5. Tabell 2.1 viser hvor mange klagesaker ombudsmannen mottok i meldingsåret og hvor mange saker som er tatt opp av eget tiltak. Tabellen viser også hvordan sakstilfanget har utviklet seg si-

den forrige meldingsår. Tabell 2.2 viser hvor mange saker som er avsluttet i løpet av meldingsåret og restansene ved årets slutt, holdt opp mot forrige meldingsår.

I 2007 ble ca. 13 % av sakene gjenåpnet fordi klageren kom tilbake med en ny henvendelse etter at saken var avsluttet her.

Tabell 2.1 Sakstilfang

	2006	2007
Klagesaker og forespørsler .....	2027	2126
Saker tatt opp av eget tiltak .....	40	41
I alt .....	2067	2167

Tabell 2.2 Avsluttede og uavsluttede saker

	2006	2007
Avsluttede saker i løpet av året .....	2047	2102
Uavsluttede saker ved utgangen av året .....	351	416

### 3. Sakenes utfall

Utfallet av sakene som behandles hos ombudsmannen kan deles i to hovedkategorier; avviste og realitetsbehandlede saker. I meldingsåret ble 44 % av henvendelsene til ombudsmannen avvist og 56 % realitetsbehandlet.

Som realitetsbehandlet regnes alle saker som ikke er avvist av formelle grunner. I dette ligger at det ved behandlingen har kommet til uttrykk et standpunkt i saken som er brakt inn for ombudsmannen. Som realitetsbehandlet regnes også saker som har vært ordnet for klageren. En sak regnes også som realitetsbehandlet når behandlingen bare har begrenset seg til en foreløpig undersøkelse av om det foreligger «tilstrekkelig grunn» til å behandle klagen, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. I disse sakene vil behandlingen normalt bare ha hatt som siktemål å finne ut om det er grunnlag for å sette i verk en nærmere undersøkelse. I slike tilfeller vil det bare i begrenset grad være tatt stilling til realiteten i den forvaltningssaken det er klaget på. I mange saker begrenser undersøkelsene seg til forvaltningens saks-

behandling. Mange klager over at offentlige organer ikke svarer på henvendelser eller at behandlingen tar for lang tid. Behandlingen av disse sakene kan ofte begrenses til en telefon til vedkommende forvaltningsorgan.

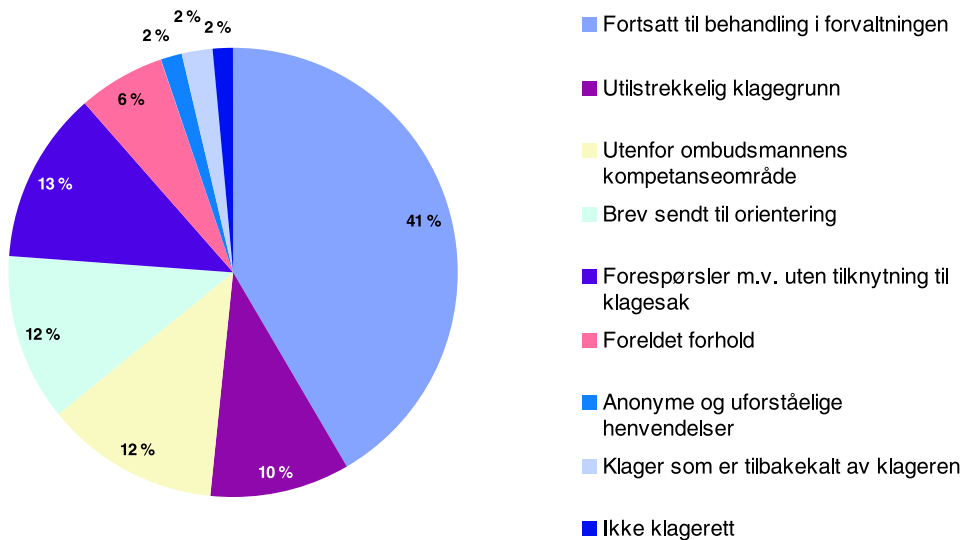
Tabell 3.1 viser forholdet mellom de avviste og de realitetsbehandlede sakene i meldingsåret, og forholdet til forrige meldingsår. For de realitetsbehandlede sakene er det nærmere angitt hva som ble resultatet av saksbehandlingen her. En fullstendig oppgave over det endelige utfallet av behandlingen med hensyn til hvor mange klagere som ble hjulpet til å få endret en avgjørelse, til å få erstatning osv., er det ikke mulig å gi, bl.a. fordi resultatet av fornyet behandling i forvaltningen ofte kommer etter utgangen av statistikkåret. Slike opplysninger vil imidlertid bli publisert i senere årsmeldinger (se kap. V: Forvaltningens oppfølging av ombudsmannens uttalelser).

Figur 3.2 viser avvissningsgrunnene og den prosentvise fordeling disse utgjorde av de avviste sakene. Figur 3.3. viser det prosentvise utfallet av de realitetsbehandlede sakene. I figur 3.4 fremgår nærmere hva min kritikk eller henstilling har rettet seg mot.

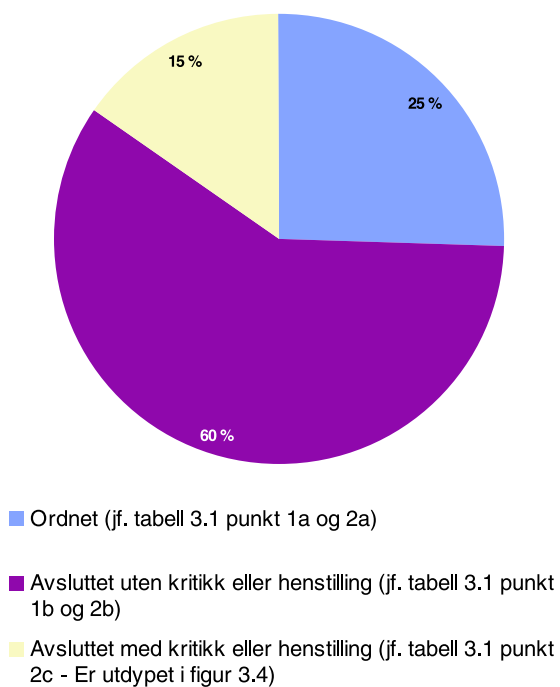
Tabell 3.1 Fordelingen mellom avviste og realitetsbehandlede saker

	2006	2007
<b>Avviste saker</b> .....	<b>979</b>	<b>927</b>
<b>Realitetsbehandlede saker</b> .....	1068	1175
1. Unødvendig å innhente skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken kunne ordnes ved en telefonhenvendelse .....	204	259
b) Klagebrevet, eventuelt supplert med saksdokumentene, viste at klagen ikke kunne føre frem .....	559	571
2. Innhentet skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken ordnet uten at det var nødvendig med avsluttende uttalelse fra ombudsmannen .....	40	40
b) Saken avsluttet uten kritikk eller henstilling, dvs. klagen førte ikke frem .....	104	127
c) Saken avsluttet med kritikk eller henstilling om å se på saken på nytt, eventuelt avbøte skadevirkninger .....	161	178

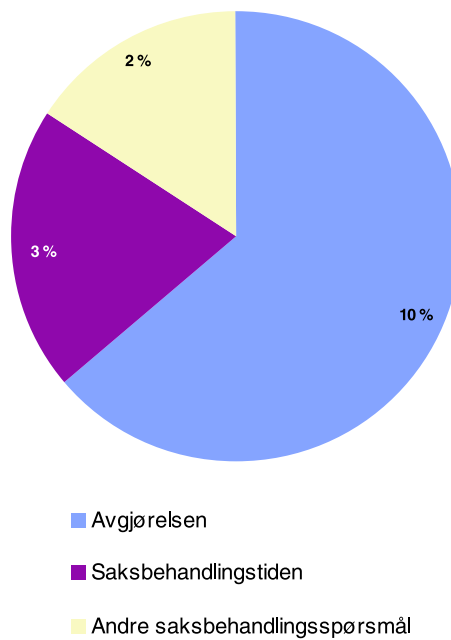
**Figur 3.2 Avviste saker (44 %)**



**Figur 3.3 Realitetsbehandlede saker (56 %)**



**Figur 3.4 Nærmere om hva sakene som ble avsluttet med kritikk eller henstilling rettet seg mot (15 %)**



#### 4. Fordeling av saker ut fra geografi, forvaltningsorgan og saksområder

Tabell 4.1 viser den geografiske fordelingen av sakene. Noen klager kommer fra borgere bosatt i utlandet eller på institusjon, f.eks. fengsler og psykiatriske institusjoner, andre klager er anonyme eller kommer inn kun med e-post adresse. Disse fremgår

av oversikten under «andre». Tabellene 4.2 og 4.3 viser avsluttede saker i meldingsåret fordelt på henholdsvis forvaltningsorganer og saksområder. Som det fremgår av tabellene, er klagesakene fordelt på hele den offentlige forvaltning, dvs. både statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning. Klagen er også fordelt på mange og ulike saksområder og saks typer.

Tabell 4.1 Geografisk fordeling av klagesakene

Fylke	Antall klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent 01.01.2007
Østfold .....	96	5,2	5,6
Akershus .....	195	10,5	10,9
Oslo .....	363	19,6	11,7
Hedmark .....	62	3,3	4
Oppland .....	37	2	3,9
Buskerud .....	80	3,3	5,3
Vestfold .....	105	5,7	4,8
Telemark .....	45	2,4	3,6
Aust-Agder .....	44	2,4	2,2
Vest-Agder .....	71	3,8	3,5
Rogaland .....	144	7,8	8,6
Hordaland .....	148	8	9,8
Sogn og Fjordane .....	35	1,9	2,3
Møre og Romsdal .....	45	2,4	5,2
Sør-Trøndelag .....	100	5,4	6
Nord-Trøndelag .....	35	1,9	2,8
Nordland .....	92	5	5
Troms .....	100	5,4	3,3
Finnmark .....	58	3,1	1,6
Svalbard .....	1	0,1	0
	1856	100	100
Andre .....	270		
I alt	2126		

Tabell 4.2 Fordeling på forvaltningsorganer

	I alt	Avvist	Realitet
Statsministerens kontor .....	2	-	2
Arbeids- og inkluderingsdepartementet .....	15	7	8
Arbeids- og velferdsetaten (NAV) .....	194	74	120
Arbeidstilsynet .....	3	1	2
Trygderetten .....	22	10	12
Utlendingsdirektoratet .....	49	16	33
Utlendingsnemnda .....	39	18	21
Sametinget .....	1	-	1
Pensjonstrygden for sjømenn .....	3	2	1
Barne- og likestillingsdepartementet .....	5	2	3
Barne-, ungdoms- og familieetaten .....	7	2	5
Fylkesnemndene for sosiale saker .....	2	1	1

	I alt	Avvist	Realitet
Forbrukerrådet .....	2	1	1
Markedsrådet .....	1	1	-
Likestillings- og diskrimineringsombudet / nemnda .....	4	2	2
<i>Finansdepartementet</i> .....	16	7	9
Statistisk sentralbyrå .....	1	1	-
Kredittilsynet .....	1	-	1
Skatteetaten (folkeregistrene) .....	118	46	72
Toll- og avgiftsetaten .....	27	11	16
Statens innkrevingsentral .....	8	8	-
Oljeskattenemnda .....	1	-	1
Børsklagenemnda .....	1	1	-
<i>Fiskeri- og kystdepartementet</i> .....	6	4	2
Fiskeridirektoratet .....	3	1	2
Kystverket .....	2	-	2
<i>Forsvarsdepartementet</i> .....	3	1	2
Forsvarsbygg .....	2	1	1
Forsvarsstaben .....	1	-	1
<i>Justis- og politidepartementet</i> .....	21	8	13
Politidirektoratet .....	14	2	12
Disiplinærnemnden for advokater .....	4	1	3
Erstatningsnemnda for voldsofre .....	4	2	2
Kriminalomsorgen .....	86	41	45
Politi- og påtalemyndigheter .....	68	40	28
Namsmenn .....	6	6	-
Domstolene .....	34	33	1
Billighetserstatningsutvalget .....	2	2	-
Justissekretariatene .....	31	6	25
Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker .....	3	2	1
Stiftelsestilsynet .....	1	1	-
<i>Kunnskapsdepartementet</i> .....	11	4	7
Norges forskningsråd .....	2	-	2
Statens lånekasse for utdanning .....	42	18	24
Universiteter og høyskoler .....	38	16	22
Utdanningsdirektoratet .....	3	2	1
<i>Kommunal- og regionaldepartementet</i> .....	8	4	4
Statens bygningstekniske etat .....	5	4	1
Husbanken .....	6	3	3
<i>Kultur- og kirke departementet</i> .....	3	1	2
Norsk rikskringkasting .....	1	1	-
Den norske kirke .....	2	1	1
Lotteritilsynet .....	2	-	2
Klagenemnda for stedsnavnsaker .....	1	1	-
<i>Landbruks- og matdepartementet</i> .....	11	4	7
Fylkeslandbruksstyrene .....	17	4	13
Statens landbruksforvaltning .....	2	1	1
Mattilsynet .....	21	9	12
Reindriftsforvaltningen .....	17	4	13
Statskog SF / Finnmarkseiendommen .....	3	2	1
Statens naturskadefond .....	3	2	1
Klagenemnda for kvoteordning for melk .....	2	-	2



	I alt	Avvist	Realitet
<i>Miljøverndepartementet</i> .....	18	4	14
Direktoratet for naturforvaltning .....	3	2	1
Statens forurensningstilsyn .....	1	-	1
Statens kartverk .....	2	1	1
Norsk sjøfartsmuseum .....	1	-	1
<i>Nærings- og handelsdepartementet</i> .....	3	1	2
Innovasjon Norge .....	4	3	1
Sjøfartsdirektoratet .....	3	-	3
Brønnøysundregistrene .....	3	-	3
<i>Olje- og energidepartementet</i> .....	4	2	2
Norges vassdrags- og energidirektorat .....	2	2	-
<i>Samferdselsdepartementet</i> .....	9	2	7
Avinor AS .....	1	1	-
Jernbaneverket .....	1	-	1
Norges statsbaner .....	2	2	-
Statens vegvesen .....	29	12	17
Post- og teletilsynet .....	1	1	-
Statens havarikommisjon for transport .....	1	-	1
<i>Helse- og omsorgsdepartementet</i> .....	16	8	8
Fylkesleger .....	1	1	-
Kontrollkommisjoner .....	3	2	1
Norsk pasientskadeerstatning / Pasientskadenemnda .....	8	2	6
Sosial- og helsedirektoratet .....	6	-	6
Statens helsetilsyn .....	37	14	23
Sykehus- og helseinstitusjoner .....	21	12	9
Regionale helseforetak .....	6	2	4
Statens helsepersonellnemnd .....	5	-	5
<i>Utenriksdepartementet</i> .....	13	5	8
<i>Fornyings- og administrasjonsdepartementet</i> .....	11	2	9
Konkurransetilsynet .....	3	1	2
Statsbygg .....	1	-	1
Statens pensjonskasse .....	7	5	2
Datatilsynet .....	3	3	-
Departementenes servicesenter .....	2	1	1
<i>Fylkesmenn</i> .....	337	103	234
<i>Fylkeskommunal forvaltning</i> .....	27	15	12
<i>Kommunal forvaltning</i> .....	440	223	217
<i>Andre</i> .....	54	52	2
<b>I alt</b> .....	<b>2102</b>	<b>927</b>	<b>1175</b>

Tabell 4.3 Fordeling på saksområder

	I alt	Avvist	Realitet
<b>Arbeidsliv, utdanning, forskning, kultur, lotteri, åndsrett, målbruk i offentlig tjeneste</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	34	9	25
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	13	7	6
Saksomkostninger, erstatning .....	4	1	3
Saksbehandlingen, annet .....	20	4	16
Ombudsmannen (klage på) .....	1	1	-
Tilsetting .....	82	26	56
Arbeids- og tjenesteforhold .....	38	19	19
Arbeidsmiljø, vernebestemmelser .....	10	9	1
Lønnsgaranti .....	1	1	-
Annet om arbeidsliv .....	8	3	5
Grunnskoler .....	23	17	6
Videregående opplæring i skole .....	11	9	2
Høgskoler og universiteter .....	19	10	9
Offentlig godkjenning av yrkesutøvere .....	10	1	9
Studiefinansiering .....	39	17	22
Annet om utdanning .....	3	2	1
Forskning .....	1	1	-
Kultur .....	1	-	1
Lotteri .....	1	-	1
Annet om arbeidsliv m.v. ....	3	2	1
<b>Helse- og sosialvesen, trygd, familie- og personsaker</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	107	27	80
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	20	4	16
Saksomkostninger, erstatning .....	13	5	8
Saksbehandlingen, annet .....	24	11	13
Godkjenning av tilbud .....	7	3	4
Behandling, tvang, klage på personell, pasientskade .....	42	25	17
Journalsspørsmål m.v. ....	6	4	2
Betaling for opphold, refusjon, pasientmidler .....	13	4	9
Økonomisk stønad .....	35	17	18
Sosiale tjenester utenfor institusjon .....	23	14	9
Annet om helse- og sosialvesen .....	32	17	15
Ytelser ved fødsel, adopsjon, forsørgelse av barn .....	6	3	3
Ytelser ved arbeidsløshet .....	21	10	11
Ytelser ved sykdom .....	58	34	24
Alderspensjon, etterlattepensjon .....	9	5	4
Krigspensjon .....	1	-	1
Annet om trygd .....	11	5	6
Barnebidrag, ektefellebidrag .....	34	13	21
Adopsjon .....	2	-	2
Barnevern, omsorg for barn .....	27	21	6
Barnehager .....	5	2	3
Vergemål, hjelpeverge .....	9	7	2
Ekteskap, separasjon, skilsmisse .....	2	2	-
Navnesaker .....	4	2	2

	I alt	Avvist	Realitet
Annet om familie- og personsaker .....	8	3	5
<b>Ressurs- og miljøforvaltning, plan og bygg, ekspropriasjon, friluftsliv</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	67	15	52
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	13	5	8
Saksomkostninger, erstatning .....	8	5	3
Saksbehandlingen, annet .....	33	18	15
Ombudsmannen (klage på) .....	1	1	-
Energi .....	10	7	3
Miljøvern .....	26	15	11
Renovasjonsordning, feiring .....	2	1	1
Vannforsyning og avløp .....	18	10	8
Annet om ressurs- og miljøvern .....	3	2	1
Kart- og delingssaker .....	6	6	-
Plansaker .....	59	24	35
Dispensasjon fra plan, strandsone .....	61	16	45
Andre byggesaker .....	106	36	70
Behandlingsgebyr .....	3	1	2
Annet om plan og bygg .....	6	5	1
Ekspropriasjon .....	5	5	-
Friluftsliv .....	2	1	1
Annet .....	5	4	1
<b>Næring, kommunikasjon, distriktsutbyggingsfond, Husbanken, konkurranseforhold, pris</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	40	5	35
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	9	5	4
Saksomkostninger, erstatning .....	6	3	3
Saksbehandlingen, annet .....	9	4	5
Fiske, fangst, jakt .....	10	6	4
Landbruk, skogbruk, reindrift .....	59	23	36
Industri, håndverk, handel .....	2	-	2
Sjøfart, luftfart .....	2	-	2
Reiseliv, hoteller og restauranter, skjenkebevilling .....	1	-	1
Transportløyver, motorferdsel i utmark .....	2	-	2
Annet om næring .....	5	4	1
Samferdsel (veier, jernbane, havn, flyplass) .....	19	10	9
Postvesen .....	2	1	1
Telefon, kringkasting .....	1	1	-
Vegtrafikk (førerkort, parkeringstillatelse m.v.) .....	29	13	16
Distriktsutbygging .....	4	2	2
Husbanken m.m. ....	4	1	3
Konkurranseforhold, pris .....	1	1	-
Annet .....	5	3	2
<b>Skatter, avgifter</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	26	3	23
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	2	1	1

	I alt	Avvist	Realitet
Saksomkostninger, erstatning .....	3	1	2
Saksbehandlingen, annet .....	7	3	4
Utligning av skattepliktig inntekt .....	34	17	17
Ettergivelse, lemping .....	9	2	7
Administrative reaksjoner (tilleggsskatt m.v.) .....	3	2	1
Andre skattesaker .....	59	30	29
Toll .....	8	3	5
Merverdiavgift, investeringsavgift .....	26	7	19
Særagifter .....	19	11	8
Annet om skatt og avgifter .....	2	1	1
<b>Justis, stiftelser, utlendingssaker</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	70	28	42
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	25	10	15
Saksomkostninger, erstatning .....	13	4	9
Saksbehandlingen, annet .....	9	3	6
Ombudsmannen (klage på) .....	1	1	-
Påtalemyndighet og politi .....	48	24	24
Domstoler .....	20	20	-
Kriminalomsorg .....	62	30	32
Rettshjelp .....	21	5	16
Personvern .....	1	1	-
Tvangsfullbyrdelse, gjeldsordning .....	16	15	1
Tinglysing .....	1	1	-
Offentlige erstatningsordninger .....	11	6	5
Annet om justis .....	12	9	3
Stiftelser .....	2	1	1
Asylsaker .....	8	6	2
Visum, statsborgerskap .....	14	4	10
Oppholds- og arbeidstillatelse .....	24	14	10
Utvising, bortvisning .....	8	4	4
Annet om utlendingssaker .....	7	5	2
<b>Offentlige registre, offentlige anskaffelser, offentlige eiendommer, forsvar, utenriksforvaltning</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	12	4	8
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	9	1	8
Saksbehandling, annet .....	1	1	-
Offentlige registre .....	9	3	6
Offentlige eiendommer .....	12	7	5
Forsvar .....	1	1	-
Utenriksforvaltning .....	1	1	-
Annet .....	1	1	-

### III. Saker der ombudsmannen har gjort forvaltningen oppmerksom på mangler ved lover, forskrifter eller praksis

I den årlige meldingen til Stortinget skal nevnes de tilfeller der forvaltningen er gjort oppmerksom på mangler ved lover, forskrifter eller administrativ praksis, jf. ombudsmannsloven § 11 og ombudsmannsinstruksen § 12 annet ledd.

I løpet av 2007 har jeg bedt vedkommende forvaltningsorgan vurdere endringer eller tilføyelser til lover og forskrifter eller omlegging av administrativ praksis i 40 saker. Av disse sakene er 25 referert i meldingens kapittel IV som sak nr. 7, 9, 11, 21, 26, 31, 32, 33, 34, 36, 40, 46, 55, 60, 62, 64, 68, 73, 78, 81, 87, 90, 97 og 102. En sak er referert i meldingens kapittel I pkt. 4 og gjelder undersøkelsen av Politiets utlendingsinternat på Trandum (særskilt melding til Stortinget).

I tillegg kommer følgende 14 saker som ikke er referert nærmere i meldingen:

- Sak om tvangsmedisinerer ble tatt opp med Fylkesmannen i Troms, som erkjente på spørsmål herfra at vedtaket var mangelfullt begrunnet. Fylkesmannen ville for fremtiden sørge for at vedtak i slike klagesaker blir gitt en bedre skriftlig utforming (ombudsmannssak 2006/1192).
- Ettergivelse av studielån ved fullført utdanning der kortest mulige normering av graden var tolv semestre og ikke ti. Statens lånekasse for utdanning endret praksis og la til grunn at slik ettergivelse etter en normering på 12 semestre kunne innvilges (ombudsmannssak 2006/1739 og ombudsmannssak 2006/1828). Se også ombudsmannens årsmelding for 2006 side 111 (ombudsmannssak 2006/1298).
- Saksbehandlingen i Statens innkrevingsentral av søknader om ettergivelse av idømt inndragningsbeløp. Justisdepartementet ble bedt om å gjennomgå saksbehandlingsrutinene og regelverket (ombudsmannssak 2006/2170).
- Saksbehandlingen i Frogn kommune av en søknad om utvidet avkjørsel i forbindelse med oppføring av bolig. Kommunen ble bedt om å vurdere hvilke tiltak som kunne iverksettes for å få saksbehandlingstiden i denne type saker ned (ombudsmannssak 2006/2302).
- Advokatkostnader i sak om utestenging fra Høgskolen i Oslo. Avslag på søknad om dekning av slike utgifter i medhold av universitetsloven § 4-8 femte ledd var et enkeltvedtak som kunne påklages til institusjonens klagenemnd. Høgskolen ble bedt om å behandle saken på nytt (ombudsmannssak 2006/2329).
- Saksbehandlingstiden i en klagesak på et avslag på søknad om fradeling. Kvænangen kommune ble bedt om å innskjerpe de interne rutinene for utsendelse av foreløpig svar, for eventuelle forsinkelsesbrev og for oppfølgingen av sakene slik at lovpålagte krav og saksbehandlingsfrister ble overholdt (ombudsmannssak 2007/39).
- Bruk av opplysninger fra bomstasjoner for å kontrollere selvangivelser og foreta ligning. I brev til Vestfold fylkesskattekontor ble det uttalt at det var grunn til å være på vakt mot misbruk eller utilsiktet bruk av informasjon ut over de kontrollformål som selvangivelser og gjennomføring av korrekt ligning krever (ombudsmannssak 2007/150).
- Krav om dekning av sakskostnader i merverdiavgiftssak. Saken ble tatt opp til ny behandling i Skattedirektoratet etter at det i brev herfra ble gjort oppmerksom på at klageren ikke hadde fått oversendt kopi av Hordaland fylkesskattekontors oversendelsesbrev til uttalelse slik han skulle etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd. Skattedirektoratet ville også gjøre fylkesskattekontoret oppmerksom på direktoratets egne retningslinjer om dette (ombudsmannssak 2007/416).
- Fjerning av to navn fra søkerliste til rådmannsstilling i en kommune etter at søkerne trakk sine søknader. Dette er forbeholdt helt spesielle tilfeller, noe det vanskelig kunne sees at saken var et eksempel på. Søkerne mulighet for å få navnet strøket ligger først og fremst i å påvise tilstrekkelig vektige grunner for hemmelighold (ombudsmannssak 2007/668).
- Tilsetting av renholder. Kommunen ble bedt om å se på prosedyrene med innhenting av referanser i lys av ombudsmannens synspunkter og å se hen til disse i fremtidige tilsettingssaker (ombudsmannssak 2007/720).
- Tilsetting av fagarbeider i en kommune. Undersøkelsen av saken etterlot tvil om den var tilstrekkelig opplyst før vedtaket ble truffet. Kommunens generelle praksis om ikke å innkalle søkere til intervju harmonerte dårlig med forvaltningens utredningsplikt (ombudsmannssak 2007/822).
- Sen journalføring i Vegdirektoratet. Dokumentene kunne ikke anses som organinterne og skulle

ha vært journalført i direktoratet da de ble motatt. Forutsatt at direktoratets ansatte blir gitt instruks om hvordan e-brev skal behandles i forhold til regelverket (ombudsmannssak 2007/1060).

- Rutiner for journalføring og arkivering av e-brev i Alstadhaug kommune. Kommunen ble bedt om å iverksette tiltak, for eksempel intern opplæring for å sikre at rutinene følges (ombudsmannssak 2007/1249).

Meldingens kapittel V om forvaltningens oppfølging av ombudsmannens uttalelser referert i tidligere årsmeldinger, gjelder også saker hvor det er pekt på mangler ved lover, forskrifter eller administrativ praksis.

## IV. Referat av saker av alminnelig interesse, jf. instruksen § 12

### Innledning

---

Etter ombudsmannsinstruksen § 12 skal årsmeldingen inneholde «en oversikt over behandlingen av de enkelte saker som Ombudsmannen mener har alminnelig interesse». Retningsgivende for utvalget av saker til meldingen er om saken anses å være representativ for sakstypen, om den er relevant som eksempel på saksbehandlingsfeil som er gjort, om saken er prinsipiell og rettsavklarende og om saken omhandler spørsmål av prinsipiell rettssikkerhetsmessig karakter.

Sakene er i stor utstrekning anonymisert. Bakgrunnen er bestemmelsene om taushetsplikt og dels hensynet til klagerne. Ettersom referater fra sakene publiseres og gjøres allment tilgjengelig, er klagerens navn gjennomgående ikke tatt med. Saker som er av særlig privat eller personlig karakter og som ikke kan anonymiseres tilstrekkelig, tas ikke med i meldingen.

Sakene er inntatt i fulltekst nedenfor. For øvrig publiseres sakene fortløpende på ombudsmannens nettsted, [www.sivilombudsmannen.no](http://www.sivilombudsmannen.no), og legges samlet ut på lovdata, [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no), én gang i året.

Det løpende arbeidet med enkeltsakene og min kontakt med forvaltningen gir meg et generelt innsyn i forvaltningens saksbehandling og virksomhet. Det er en fare for at mitt arbeid med enkeltsakene kan gi et fortegnert inntrykk av forvaltningens saksbehandling generelt. Klagesakene har jo sitt utspring i situasjoner der borgerne føler seg galt og urettferdig behandlet. På bakgrunn av den kontakten jeg ellers har med forvaltningen gjennom besøk og inspeksjoner er det mitt inntrykk at de saker jeg har tatt med i meldingen er representative ut fra de ovennevnte kriteriene.

### 1. Saksbehandlingstiden

---

Ombudsmannen mottar hvert år en rekke klager på sen saksbehandling i forvaltningen. Ofte gjelder klagen også at det ikke er sendt foreløpig svar, at purringer ikke besvares eller at det ikke sendes melding om forsinkelse i de tilfeller det viser seg at saken ikke lar seg behandle innen den tid som først er angitt. Erfaringen fra klagesakene viser at det er av stor viktighet for klagerne å bli holdt orientert om saksbehandling, og at lang saksbehandlingstid lettere ak-

septeres dersom det gis informasjon om årsaken til denne og en angivelse av når svar kan forventes. I 2007 mottok jeg 356 klager som alene gjaldt sen saksbehandling, manglende foreløpig svar og/eller forsinkelsesmelding fra forvaltningen. Det tilsvarende tallet for 2006 var 305. I tillegg kommer klager der dette var en av flere anførsler, men der klagens hovedspørsmål var et annet.

Gode rutiner for å sikre forsvarlig fremdrift og orientering om saksbehandlingstiden er viktig for borgernes tillit til forvaltningen. I noen tilfeller kan sen saksbehandling, manglende forsinkelsesmeldinger m.v. skyldes svikt i forvaltningsorganets restanseoppfølging, mens årsaken i andre tilfeller kan være mer sammensatte. Det enkelte forvaltningsorgans ledelse har ansvaret for å påse at organet har rutiner som sikrer at behandlingstiden og informasjonen til borgerne er i samsvar med forvaltningsloven og kravene til god forvaltningsskikk. Det er viktig at organene er seg dette bevisst kontinuerlig og at nye medarbeidere gis nødvendig opplæring.

Blant sakene av alminnelig interesse i år er det flere som gjelder sen saksbehandling og manglende utsendelse av foreløpig svar. En sak om saksbehandling i Oslo kommunes plan- og bygningsetat (ombudsmannssak 2006/1481) er referert på side 279. Saken ble tatt opp her på et generelt grunnlag etter at jeg hadde mottatt klager på etaten og omhandler blant annet saksbehandlingstiden i etaten og den informasjonen som gis om reell saksbehandlingstid. En annen sak om rutiner for svar på henvendelser og utsendelse av foreløpig svar ved St. Olavs hospital i Nord-Trøndelag (ombudsmannssak 2006/1859) er omtalt på side 158. I tillegg er det referert en sak som gjelder lang saksbehandlingstid i kriminalomsorgen av en permisjonssøknad (ombudsmannssak 2007/497) på side 187, samt en sak som gjelder saksbehandlingstiden i Oslo kommune i en klagesak om innsyn etter offentlighetsloven (ombudsmannssak 2006/2192), på side 32. Jeg har et generelt inntrykk av at uforholdsmessig lang saksbehandlingstid kan være et betydelig problem i deler av forvaltningen som har mye kontakt med publikum.

### 2. Forvaltningens veiledningsplikt

---

I flere klager er det reist spørsmål om forvaltningen har oppfylt sin veiledningsplikt. Anførselene kan bl.a. gå ut på at det er gitt feil, misvisende eller unøyaktig veiledning, for eksempel i en telefonsamtale eller

ved oppmøte på et kontor. Om dette er tilfellet kan være vanskelig å avgjøre ved en undersøkelse av saken her. Ofte vil det være motstridende oppfatninger av hvordan en samtale har forløpt, om hva som er sagt og om det som ble sagt kunne være egnet til å misforstås. Saksbehandlingen er skriftlig og det foretas normalt ikke avhør av parter eller vitner. Uoverensstemmelser og uenighet om faktiske forhold lar seg derfor ofte vanskelig avklare ved en undersøkelse.

I de tilfellene det er enighet om at veiledningen som ble gitt kunne vært mer presis, omfattende eller lignende, blir spørsmålet hvilken rettslig betydning dette eventuelt skal få. Hver sak må vurderes konkret, både med hensyn til sakstype og hvilket rettighetstap eller økonomisk tap som måtte være lidet. Det er også et spørsmål om den enkelte borger selv skulle ha vært mer aktiv for å få den informasjon/veiledning han eller hun trengte. I tillegg vil en rekke andre faktorer få betydning.

Mange forvaltningsorganer gir nyttig informasjon og veiledning på Internett. Det er viktig at den informasjon som her gis, er oppdatert og tilgjengelig på en måte som gjør at også de uten spesielle kunnskaper på området, kan nyttiggjøre seg den. Det er viktig også å ta hensyn til at mange ikke har internettilgang praktisk tilgjengelig. En henvisning til nettstedet vil heller ikke kunne dekke det behovet for individuell veiledning som foreligger i konkrete saker. Forvaltningen må derfor også organisere virksomheten slik at den tar hensyn til at mange ikke har tilgang til internett og at det også legges til rette for en konkret og individuell veiledning der det er påkrevd.

Enkelte grupper brukere vil dessuten kunne ha behov for veiledning ut over det vanlige. Det kan for eksempel gjelde brukere med dårlig kjennskap til språket og det norske systemet, psykisk syke, eller brukere i enkelte tyngre sosialsaker. Formålet med veiledningsplikten er å «gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte». For mennesker i en vanskelig livssituasjon vil det noen ganger kreves en ekstra innsats for at de skal kunne vareta sitt eget tarv. I disse situasjonene har forvaltningen en særlig oppfordring til å tilpasse veiledningen til brukerens behov.

Mitt inntrykk er at anførsler om brudd på veiledningsplikten påberopes oftere i sakene nå enn tidligere. Det er mulig at folks forventninger til omfanget av den veiledningen som bør gis på bakgrunn av en problemstilling som legges frem for et forvaltningsorgan, har økt. Den økte rettighetsfestingen skjerper imidlertid kravene til den veiledning som forvaltningen må gi. Brudd på veiledningsplikten vil i noen tilfeller kunne medføre erstatningsplikt for det offentlige og tjenestepåtale til den ansvarlige tjenestemann eller - kvinne.

### 3. Habilitet

---

I mange av klagene reises det spørsmål om tjenestemenn har vært inhabile til å behandle eller avgjøre forvaltningssaker. Habilitetsreglene skal sikre at forvaltningens avgjørelser blir truffet av personer som står fritt og har en fri og ubundet innstilling til de saker som behandles. Habilitetsreglene skal også fremme tilliten til forvaltningen. Reglene gjelder ikke bare i forhold til å treffe avgjørelse i en sak, men også i forbindelse med tilretteleggingen av grunnlaget for en avgjørelse.

Det er ikke til å unngå at ansatte i forvaltningen kan ha bindinger som gjør at det ikke ville være heldig om de deltok i saksbehandlingen av en sak. Inhabilitetsituasjoner er noe enhver tjenestemann kan komme opp i og tjenestemannens integritet, moral eller nøytralitet blir ikke berørt når slike situasjoner oppstår. Å være inhabil eller bli erklært inhabil ved behandlingen av en sak, betyr derfor ikke at tjenestemannen kan klandres eller på annen måte bebreides for sin tilknytning til saken. Det er når tjenestemannen på grunn av disse bindingene likevel behandler eller avgjør saken, at det kan være grunnlag for å kritisere.

Enkelte opplever det som problematisk å la være å behandle en sak. Tjenestemannen kan for eksempel se det som en tjenesteplikt å behandle saken og at det vil bli ansett som et forsøk på å unndra seg tjenesteplikten å erklære seg inhabil. Det er viktig også å ha dette perspektivet for øye ved anvendelsen av habilitetsreglene. Spesiell innsikt og fagkyndighet hos en tjenestemann kan vanskeliggjøre forvaltningens saksbehandling dersom tjenestemannen erklærer seg inhabil. Noen kan også føle det mistenkeliggjørende å bli stemplet som «inhabil». Det er viktig at habilitetsreglene balanseres og anvendes på en måte som både sikrer en forsvarlig behandling av sakene og at tilliten til forvaltningen ikke svekkes.

Forvaltningen forvalter fellesskapets midler og utøver myndighet som kan være inngripende og ha store konsekvenser for den enkelte borger. For å kunne utføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte, er forvaltningen avhengig av befolkningens tillit. I lys av dette kan det gjennomgående være bedre å gå noe lenger enn strengt nødvendig ved vurderingen av habilitet enn å ta en sjanse, med risiko for etterfølgende kritikk eller sanksjoner.

Blant sakene av alminnelig interesse kan to saker være illustrerende. På side 243 er det referert en sak som gjaldt bruk av bokettersynsrevisor til å utarbeide utkast til ligningsnemnda i saker om endring av ligning (ombudsmannssak 2006/787) og på side 367 er det referert en sak som reiste spørsmål om habiliteten til et av medlemmene i en kommunes plan- og ressursutvalg (ombudsmannssak 2005/984).



#### 4. Journalføring av e-brev

---

En stor del av dagens kommunikasjon skjer elektronisk. E-post er en lettvinnt og praktisk måte å kommunisere på, som kan gjøre hverdagen enklere for både menigmann og myndighet. Den økte bruken av elektronisk kommunikasjon skaper imidlertid utfordringer i forhold til innsyn og offentlighet. Flere ombudsmannssaker både i 2007 og tidligere år, tyder på at mange saksrelaterte e-brev ikke blir journalført.

Dette er foruroligende, fordi journalføring er en grunnleggende forutsetning for at allmennheten kan bruke sin rett til innsyn etter offentlighetsloven. Dersom en ikke vet at et dokument eksisterer, får en heller ikke innsyn i det.

Om et e-brev er «saksdokument» for organet eller ikke, beror på en konkret vurdering av innhold og form. Et veiledende utgangspunkt er at et e-brev som inneholder opplysninger eller vurderinger som kan sies å ha betydning for behandlingen av en forvaltningssak, må regnes som et saksdokument. At korrespondansen har en form og et innhold av mer eller mindre uformell karakter, er ikke i seg selv avgjørende. Saksdokumenter, herunder e-brev, skal journalføres dersom de er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon.

Den administrative ledelsen i forvaltningsorganene har et ansvar for å sørge for at saksbehandlerne forstår betydningen av at saksdokumenter som mottas til den enkeltes e-postadresse blir registrert i den offentlige journalen. Min erfaring er at det i forvaltningsorganene ofte foreligger gode retningslinjer for registrering av e-post. Problemet er at retningslinjene mange steder ikke blir fulgt i praksis. Det er viktig at forvaltningen er klar over dette. Dersom det er behov for det, bør det iverksettes tiltak - for eksempel intern opplæring - for å sikre at rutinene for journalføring følges.

#### 5. Kommunenes behov for juridisk kompetanse

---

Informasjon jeg har mottatt fra Norges Juristforbund viser at bare i underkant av 150 av landets 431 kommuner har ansatt egne jurister i sin forvaltning. De andre leier inn ekstern hjelp når de selv føler behov for det.

Den tiltagende rettighetsfestingen og den økte rettsliggjøringen i samfunnet medfører at mye av den kommunale forvaltningen må innrettes mot en nærmere klargjøring av brukernes rettigheter. Derfor må arbeidet med å sette de politiske vedtak ut i livet i større grad legge perspektivet nedenfra, fra borgerens ståsted. Det er ikke nok å organisere arbeidet etter hva som anses økonomisk lønnsomt og mest hensiktsmessig i et overordnet perspektiv. Uansett om dette er en utvikling en ønsker velkommen eller ik-

ke, medfører rettighetsfestingen og rettsliggjøringen større krav til kommunenes juridiske kompetanse. Det viser seg at saksbehandlingen i mange tilfeller kan bli skadelidende på grunn av manglende kunnskaper om viktige saksbehandlingsregler og om manglende forståelse for betydningen av de rettigheter borgerne har i lovgivningen. Arbeidet med lokale forskrifter er også viktig og her er det også påkrevd med juridisk fagkunnskap for at regelverket skal bli tilfredsstillende utformet.

Flere saker de siste årene har gjort meg usikker på om kommunene - og da særlig små kommuner - møter disse utfordringene på en adekvat måte. Sak 2006/595, referert nedenfor på side 119, er illustrerende. Manglende juridisk kompetanse i forvaltningen kan svekke innbyggernes rettssikkerhet, og det er viktig at kommunene er oppmerksomme på betydningen av å ha og bruke slik kompetanse. Å hente inn ekstern juridisk kompetanse når det føles behov for det, vil ikke uten videre være nok. Kommuner uten juridisk kompetanse i egen organisasjon vil ikke alltid vite når det er nødvendig å påkalle slik kompetanse. Mye kan selvsagt gjøres ved intern opplæring av tjenestemennene. Det er ikke nødvendig alltid å ha tjenestemenn med full juridisk utdanning for at de juridiske kompetansebehovene skal være tilfredsstillt.

Gode løsninger kan nås på mange fagområder ved samarbeid mellom kommunene. Jeg vil tro at dette også gjelder på det juridiske området. Jeg håper kommunene tar dette problemet alvorlig, og at særlig de små kommunene vurderer hva som kan gjøres for å øke kompetansen til å møte de utfordringer rettighetsfestingen og rettsliggjøringen medfører.

#### Offentlighet i forvaltningen, rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter

---

##### 1.

##### Innsyn i dokumenter om utbygging av området ved tidligere Forsvarets overkommando – saksbehandlingstid

(Sak 2006/2192)

*Oslo kommune brukte om lag fire måneder fra en klage over avslag på innsyn ble mottatt til den ble oversendt klageinstansen.*

*Ombudsmannen presiserte at kravet til hurtighet i behandlingen av begjæringer om innsyn også gjelder ved oversendelse av en klage til klageinstansen. I denne saken var saksbehandlingstiden utilfredsstillende og svekket tilliten til kommunen. Ombudsmannen ba om at saksbehandlingstiden i innsynssaker ble innskjerpet.*

*Byrådsavdeling for byutvikling opplyste etter dette at klagesaken var blitt oversendt til fylkesman-*

nen. Byrådsavdelingen ba Plan- og bygningsetaten utarbeide retningslinjer for behandling av klage på avslag om innsyn i dokumenter. A klaget til ombudsmannen over sen saksbehandling i Plan- og bygningsetaten, Oslo kommune, i en sak om innsyn i dokumenter om utbygging av området ved tidligere Forsvarets overkommando. Klagen gjaldt også manglende oversendelse av hennes klage til Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

As innsynskrav ble første gang fremmet 22. september 2006, og kommunen avsto innsyn i to av dokumentene. A påklaget avslaget i e-brev 26. september 2006. 19. oktober 2006 avsto kommunen klagen, men uten å oversende saken til fylkesmannen som klageinstans. A sendte en ny klage 2. november 2006, hvorpå kommunen i et e-brev 4. desember 2006 ba A om å gi en tilbakemelding om det fortsatt var «aktuelt å opprettholde klage på manglende innsyn».

Ombudsmannen tok saken opp med kommunen, som ble bedt om å redegjøre nærmere for saksbehandlingstiden etter at A klaget over avslaget på dokumentinnsyn. Det ble videre spurt om kommunens praksis for forberedelse av klager som skal oversendes til Fylkesmannen i Oslo og Akershus i saker om innsyn, og om det fantes interne retningslinjer for behandlingen av denne typen saker. Kommunen ble også spurt om hvor lang tid det normalt tar fra en klage i en innsynssak mottas til den er ferdig tilrettelagt og oversendt klageinstansen. Kommunen ble videre bedt om å redegjøre for sitt syn på om saksbehandlingstiden i denne saken hadde vært i tråd med kravene til å avgjøre en innsynsbegjæring «uten ugrunnet opphold», og kravene til å tilrettelegge og oversende saken til klageinstansen etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd.

I svaret fra Byrådsavdelingen for byutvikling fremgikk blant annet følgende:

«Byrådsavdelingen mener saksbehandlingstiden i etaten vedrørende dette innsynskravet ikke er tilfredsstillende. Både tiden fra begjæringen om innsyn ble mottatt av etaten til avslag på begjæringen ble gitt, og tiden fra klagen ble mottatt til oversendelse av klagen til Fylkesmannen, er for lang.

Dersom vi, ved oversendelse av klagen hit, opprettholder nektelse av innsyn, vil vi sørge for at klagesaken blir oversendt Fylkesmannen straks. Dersom byrådsavdelingen kommer til at det skal gis innsyn, vil dette bli gjort umiddelbart.

Vi vil legge til at byrådsavdelingen svært sjelden behandler klage på avslag om innsyn som skal til Fylkesmannen for sluttbehandling. Av denne grunn er det vanskelig å angi hva som er praksis i denne type klagesaker, men de blir oversendt Fylkesmannen snarest mulig.»

A kom med merknader til kommunens svar. Hun viste til to tidligere klagesaker om innsyn i dokumenter i Oslo kommune der saksbehandlingstiden

hadde vært for lang hos henholdsvis kommunen og fylkesmannen. A mente at disse sakene viste at offentlighetsloven «ikke følges i kommunal og statlig forvaltning», og at lang saksbehandlingstid i slike saker «kan være et betydelig demokratisk problem».

I brev fra kommunen til A opplyste kommunen blant annet at det «arbeides aktivt for generelt å gi en raskere saksbehandling, og angjeldende klagesaker vil bli gitt høyere prioritet i fremtiden».

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av offentlighetsloven § 9 første ledd at begjæring om innsyn i forvaltningens dokumenter skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». I særskilte meldinger til Stortinget og i flere uttalelser har ombudsmannen lagt til grunn at de fleste begjæring bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1-3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter» (Somb-2005-14). Både regjeringen og Stortingets justiskomiteé har sluttet seg til dette, se St.meld. nr. 32 (1997-1998) på side 97 og 100, samt Innst. S. nr. 21 (1998-1999) på side 18. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til den nye offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 (ikke trådt i kraft).

Lovens ordlyd åpner for at visse omstendigheter kan tilsi at behandlingen og avgjørelsen av en innsynsbegjæring tar noe lenger tid enn normalt. Sakens omfang eller sakens karakter kan i visse tilfeller begrunne noe mer tidsbruk enn ellers. Forvaltningen må også ved stor arbeidsbelastning prioritere sine oppgaver på en forsvarlig måte. I alle tilfeller må det foreligge en saklig begrunnelse for å fravike lovens utgangspunkt.

Kravet til å avgjøre en innsynsbegjæring «uten ugrunnet opphold» gjelder også for klageinstansen, jf. offentlighetsloven § 9 tredje ledd tredje punktum. Offentlighetsloven inneholder imidlertid ikke selv noen krav til hvor raskt førsteinstansen må oversende saken til klageinstansen dersom vedtaket opprettholdes. Men bestemmelsen i forvaltningsloven § 33 fjerde ledd om at sakens dokumenter skal sendes klageinstansen «så snart saken er tilrettelagt», kommer til anvendelse også i saker om innsyn, jf. offentlighetsloven § 9 siste ledd.

Hensynet til innsynsreglens effektivitet og formålet bak offentlighetsprinsippet tilsier at forberedelse og oversendelse av saken til klageinstansen også skjer «uten ugrunnet opphold». Det vil si at et eventuelt tidsmessig opphold må ha en saklig grunn.

I denne saken har det gått snart fire måneder fra A første gang klaget over avslaget på innsynsbegjæringen, og saken er så vidt jeg skjønner ennå ikke oversendt til Fylkesmannen i Oslo og Akershus for klagebehandling. Dette er, som kommunen har formulert det i svarbrevet hit, «ikke tilfredsstillende».

Til dette kommer at kommunen flere ganger ba A om å vurdere om det fortsatt var aktuelt å opprettholde klagen, til tross for at hun i sine e-brev til kommunen uttrykkelig ba om at saken ble oversendt til fylkesmannen. En slik håndtering av en klagesak svekker tilliten til kommunen.

Årsaken til den lange saksbehandlingen ligger i denne saken først og fremst hos Plan- og bygnings-etaten. Byråden for byutvikling må sørge for at saksbehandlingstiden i innsynssaker i etaten innskjerpes i tråd med mine generelle merknader om kravene til hurtighet i slike saker. Klagesaken til A må gis høyeste prioritet. Jeg ber om å bli holdt orientert om hva byrådsavdelingen foretar seg.»

Byrådsavdeling for byutvikling opplyste etter dette at klagesaken var blitt oversendt til fylkesmannen. Byrådsavdelingen presiserte videre overfor Plan- og bygningsetaten viktigheten av hurtig behandling av innsynssaker, og ba etaten utarbeide retningslinjer for behandling av klage på avslag på innsyn i dokumenter.

## 2.

### Saksbehandlingen i klageomgangen i sak om dokumentinnsyn

(Sak 2007/952)

*Klageinstansen ga A delvis medhold i klage over avslag på dokumentinnsyn, ved at han fikk innsyn i faktiske opplysninger i to dokumenter. Gjennomføringen av dokumentinnsynet ble overlatt til førsteinstansen, som p.g.a. en kombinasjon av feil verken fulgte opp klageinstansens vedtak eller underrettet parten om vedtaket.*

*Ombudsmannen mente at kravet til rask saksbehandling i innsynssaker, tilsier at klageinstansen burde ha truffet nytt vedtak i saken selv, og ikke overlatt til førsteinstansen å foreta sondringen mellom faktiske opplysninger og vurderinger. Når et klageorgan likevel overlater til førsteinstansen å gjennomføre deler av vedtaket, har klageinstansen plikt til å kontrollere at førsteinstansen følger opp klagevedtaket. I saker der klageinstansen overlater til førsteinstansen å underrette parten om vedtaket, har klageinstansen også plikt til å kontrollere at slik underretning faktisk blir gitt. Klageinstansen ble bedt om å gjennomgå sine rutiner for slike saker.*

I forbindelse med sak om fremstilling og søknad om overføring til annet fengsel begjærte A innsyn i sakens dokumenter. Begjæringen ble avslått av fengselet, og A påklaget vedtaket 1. august 2006 til kriminalomsorgens regionkontor. På grunn av manglende svar på klagen, henvendte A seg i september 2006 til ombudsmannen. Ombudsmannen tok saken opp med fengselet, som ble bedt om å redegjøre for saksbehandlingstiden. Det ble avdekket at fengselet ikke

hadde foretatt en forberedende behandling av klagesaken, noe som først ble gjort etter ombudsmannens henvendelse. Saken ble deretter oversendt klageinstansen for behandling.

12. mai 2007 henvendte A seg på nytt til ombudsmannen i saken. Det fremgikk av brevet at han fremdeles ikke hadde mottatt svar på klagen over avslag på begjæringen om dokumentinnsyn fra 1. august 2006. Den nye klagen til ombudsmannen var sendt i kopi til regionkontoret. På bakgrunn av denne kopien ble det derfra sendt et brev til fengselet. Av brevet fremgikk det at regionen hadde avgjort saken 21. november 2006, og at A hadde fått delvis medhold i sin klage. Videre fremgikk det at regionkontoret hadde overlatt til fengselet å gjennomføre sladding av dokumentene. Regionkontoret ba i brev 18. mai 2007 om at fengselet umiddelbart fulgte opp vedtaket ved å gi A innsyn i dokumentene. Ved brev 22. mai 2007 fra fengselet fikk A delvis innsyn i de aktuelle dokumentene.

Det fremgikk av sakens dokumenter at regionen i klagevedtaket 21. november 2006 hadde gitt klageren delvis medhold i klagen, ved at han skulle få innsyn i faktiske opplysninger, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 tredje ledd. Regionen hadde imidlertid overlatt til fengselet å avgjøre hvilke deler av dokumentene som fremdeles skulle unntas fra innsyn. Videre fremgikk det at fengselet ikke hadde fulgt opp regionens vedtak, men ved en feil hadde arkivert saken uten å foreta seg ytterligere. Klageren var heller ikke blitt gjort kjent med at det var truffet vedtak i klagesaken, da verken regionen eller fengselet hadde sendt ham kopi av vedtaket 21. november 2006. I brev til klageren beklaget fengselet at saken ikke var blitt fulgt opp slik som regionen hadde forutsatt. Fengselet viste til at det kunne ha skjedd en beklagelig forveksling av saksforholdene ved at klagen over fengselets avslag på dokumentinnsyn ble behandlet omtrent samtidig med den tidligere klagen til ombudsmannen.

I brev herfra ble regionkontoret bedt om å redegjøre for grunnen til at det ble overlatt til fengselet å avgjøre hvilke deler av dokumentet som skulle sladdes. Det ble bedt opplyst om denne fremgangsmåten ofte benyttes når regionen gjør endringer i førsteinstansvedtaket. Videre ble regionen bedt om å redegjøre for underrettingspraksisen, herunder i hvor stor grad det blir overlatt til underinstansen å gi partene melding om et vedtak, som alternativ til å underrette selv. I denne forbindelse ble det spurt om regionen, i saker hvor underretning overlates til underinstansen, pleier å kontrollere at partene faktisk får underretning om vedtaket.

I svarbrev fra regionen ble det presisert at det var et beklagelig engangstilfelle at det ble overlatt til fengselet å avgjøre hvilke deler av dokumentet som skulle sladdes, da regionen vanligvis selv tar stilling til hvilke deler av dokumentet som inneholder opplysninger som det ikke skal gis partsinnsyn i. Det ble vist til at dersom sakens dokumenter inneholder sen-

sitive opplysninger eller interne dokumenter der vurderingene ut fra sin karakter gjør at regionen er i tvil om det skal utvises meroffentlighet, vil regionen konsultere lokalt nivå for å høre om de har noen god begrunnelse for at meroffentlighet ikke skal utvises, og hvis dokumentet skal sladdes så vil regionen normalt gjøre dette selv.

I oversendelsesbrev hit viste regionen til at feilen (fengselets arkivering av vedtaket) kunne vært begrenset hvis A hadde mottatt en kopi av regionens vedtak, noe som ble ansett unødvendig fordi han ville motta vedtaket i forbindelse med oversendelsen av dokumentene fra fengselet.

Når det gjaldt underretning om vedtak, viste regionen i senere svarbrev hit til at innsatte normalt oppholder seg i det samme fengselet som er adressert for klagen. Lokalt nivå blir da bedt om å underrette, og vedtaket blir forkynt av en tjenestemann ved at innsatte får egen kopi av vedtaket og tjenestemannen attesterer om underretningen. Den attesterte kopien legges i innsattes mappe og forkynnelsen blir registrert i datasystemet Kompis/Kia. Når innsatte oppholder seg ved et annet fengsel enn det hvis vedtak er påklaget, får innsatte normalt kopi av vedtaket direkte tilsendt. Hvis vedtaket berører også det andre fengsel, for eksempel i overføringssaker, hender det at dette fengselet blir bedt om å underrette den innsatte ved forkynnelse. Regionen opplyste at den ikke hadde negative erfaringer med denne typen underrettingspraksis og at den også undersøker sporadisk om underretning er gitt ved å kontrollere datasystemet. Når det ikke ble gitt underretning i denne saken, skyldtes det en serie uheldige omstendigheter deriblant at regionen ved en forglemmelse ikke førte opp A som kopimottaker og at fengselet ved en feil ikke fulgte opp vedtaket.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Regionens vedtak i klagesaken

I forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 siste ledd heter det:

«Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling».

Etter lovens ordlyd hadde Kriminalomsorgen region sør adgang til å overlate til fengselet å avgjøre hvilke deler av dokumentet som skulle sladdes. Uttalelser i teorien peker imidlertid i retning av at ordlyden må tolkes innskrenkende. I Eckhoff/Smith Forvaltningsrett, 8. utg. 2006 heter det f.eks. på side 289 at;

«opphevelse og tilbakesending kan være aktuelt hvis det er behov for ytterligere undersøkelser som underinstansen er best skikket til å foreta. Men hvis klageinstansen har tilstrekkelig grunn-

lag for å treffe nytt vedtak, bør den gjøre det, slik at saken kan bli endelig avgjort så raskt som mulig».

Dette er jeg enig i. Når det gjelder denne konkrete saken, der det var behov for å ta stilling til hva som var vurderinger og hva som var faktiske opplysninger i to dokumenter, synes regionen å ha vært vel så godt skikket som fengselet til å foreta sonderingen. Kriminalomsorgen region sør hadde derfor neppe behov for å overlate denne oppgaven til fengselet. I svaret hit har da også regionen forklart at saken var et beklagelig engangstilfelle og at den vanligvis selv tar stilling til hvilke deler av dokumentet som inneholder opplysninger som det ikke skal gis partsinnsyn i.

Utgangspunktet må være at dersom en sak er tilstrekkelig opplyst, bør regionen selv treffe nytt vedtak fremfor å sende saken tilbake til førsteinstansen. Det er særlig hensynet til å gjøre den totale saksbehandlingstiden så kort som mulig som tilsier at en slik løsning bør velges når det er mulig. Å overlate til førsteinstansen å treffe et nytt vedtak i saken vil vanligvis innebære lengre behandlingstid enn om klageinstansen selv treffer vedtak.

I saker som gjelder dokumentinnsyn, både begjæringer om innsyn med hjemmel i offentlighetsloven og begjæringer om partsinnsyn etter forvaltningsloven, gjelder det særlige krav til rask saksbehandling. Dette gjelder både ved førsteinstansens behandling av saken og for klageorganets vedkommende. Det generelle kravet til rask saksbehandling i innsynssaker tilsier derfor at klageinstansen er særlig tilbakeholden med å benytte seg av muligheten til å overlate til førsteinstansen å gjennomføre dokumentinnsynet.

#### 2. Oppfølging av vedtaket i klagesaken

I saker der klageorganet faktisk overlater til førsteinstansen å helt eller delvis gjennomføre vedtaket, kan det spørres om klageorganet dermed er fritatt fra all videre befatning med saken.

I denne saken tok det seks måneder fra regionen traff vedtak 21. november 2006 om delvis innsyn til fengselet gjennomførte innsynet 22. mai 2007. Den meget lange behandlingstiden er opplyst å skyldes en kombinasjon av uheldige omstendigheter ved at saken ved en feil ble arkivert i fengselet. Forholdet er beklaget både fra fengselet og regionen, og denne beklagelsen er på sin plass. Feilen kunne imidlertid lett vært unngått dersom regionen hadde kontrollert fengselets oppfølging av saken.

I tidligere saker om innsyn har jeg uttalt at hensynet til innsynsreglenes effektivitet og formålet bak offentlighetsprinsippet tilsier hurtighet på alle trinn ved behandlingen av innsynssaker. Dette innebærer for eksempel at klageorganet har en plikt til så raskt som mulig å sette i gang behandlingen av saken, blant annet ved å kontrollere at saken er tilstrekkelig

opplyst for klagebehandling. Videre må klageorganet fortløpende følge opp de saksbehandlingsskrittene som settes i gang i forbindelse med behandlingen av innsynssaker.

De samme hensynene tilsier at klageinstansen også har plikt til å påse at det er fremdrift i en innsynssak etter at den er sendt tilbake til førsteinstansen for gjennomføring. For å unngå forsinkelser og feil av den typen som det er snakk om i denne saken, må klageinstansen ha rutiner for å kontrollere at førsteinstansen faktisk gjennomfører innsynsvedtaket som forutsatt. En slik oppfølgingsplikt vil også kunne redusere ulempene ved at klageinstansen ikke selv treffer nytt vedtak. I denne konkrete saken hadde dessuten regionen en særlig grunn til å kontrollere fengselets saksbehandling, da det var avdekket at fengselets tidligere behandling av saken hadde vært utilfredsstillende.

Kriminalomsorgen region sør må gjennomgå sine rutiner på dette området. Det bes sendt underretning til meg om dette arbeidet.

### 3. Underretning om klagevedtaket

I forvaltningsloven 10. februar 1967 § 27 første ledd første punktum heter det:

«Det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, skal sørge for at partene underrettes om vedtaket så snart som mulig.»

I bestemmelsen tredje punktum heter det videre:

«Underretning skal gis av det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, hvis ikke særlige grunner tilsier at dette overlates til et annet organ.»

Det er på det rene at klageren ikke fikk underretning om regionens vedtak i denne saken. Regionen vurderte det som unødvendig å underrette klageren direkte, da han ville motta vedtaket i forbindelse med oversendelsen av dokumentene fra fengselet. Førsteinstansen arkiverte saken ved en feil, slik at den ikke ble fulgt opp videre derfra i det hele tatt. I tillegg kommer at klageren på det tidspunktet som klageinstansen traff vedtak, befant seg i et annet fengsel enn det fengselet som skulle følge opp den materielle delen av saken.

Saken illustrerer at de rutineene for underretning som regionen har redegjort for i svaret hit 9. juli 2007, ikke er gode nok. Omstendighetene i den enkelte sak kan ligge slik an at disse rutineene ikke er tilstrekkelige til å fange opp enkeltfeil. I brev til regionen 23. mai 2007 foreslår fengselet at regionen konsekvent sender kopi av sine vedtak til den innsatte i de tilfellene vedkommende er overført til annet fengsel eller løslatt på det tidspunkt regionen treffer vedtak. Fengselets forslag synes å ha gode grunner for seg.

Forslaget fra fengselet er imidlertid neppe tilstrekkelig til å fange opp alle situasjoner der førs-

teinstansen ved en feil ikke underretter parten. Det kan derfor være nødvendig med tiltak utover dette forslaget.

I Woxholt Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utg. 2006 heter det i kommentaren til forvaltningsloven § 27 tredje ledd på side 439 at;

«dette innebærer at det ikke foreligger noen ubetinget plikt for klageinstanser eller andre vedtaksorganer til selv å underrette parten, selv om dette er lovens klare hovedregel. Imidlertid vil et vedtaksorgan som benytter unntaket etter annet punktum, ha en selvstendig plikt til å påse at det organet som skal forestå underretningen, gjennomfører denne uten ugrunnet opphold, jfr. første punktum (formuleringen «skal sørge for at»).

Det er også mitt syn at klageinstansen har en plikt til å sikre at førsteinstansen faktisk underretter parten når den har overlatt til underinstansen å gjøre det. Underretning om vedtaket er nødvendig for at parten skal kunne påberope eventuelle feil ved vedtaket så tidlig som mulig. Det er særlig viktig at parten mottar tidlig underretning i saker som gjelder dokumentinnsyn, fordi partsinnsyn ofte er en nødvendig forutsetning for å gjøre andre rettigheter gjeldende. Dersom regionen i konkrete saker overlater til fengselet å underrette parten, bør derfor regionen innføre rutiner for kontroll av at førsteinstansen faktisk foretar slik underretning. Det er først gjennom en slik kontrollordning at klageinstansen kan sies å ha «sørget for» underretning jf. forvaltningsloven § 27 første ledd.

Jeg ber om å bli holdt orientert om regionens videre arbeid med å utarbeide tilfredsstillende rutiner på dette området.»

Jeg har senere mottatt kopi av brev til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning, der regionen ba den sentrale forvaltningen vurdere eventuelle endringer av rutineene for underretning om vedtak.

### 3.

#### Innsyn i timepris ved bruk av konsulenttjenester i Mattilsynet

(Sak 2006/1833)

*Det ble begjært innsyn i en avtale fra 2004 mellom Mattilsynet og et aksjeselskap om kjøp av konsulent-tjenester. Mattilsynet unntok opplysninger om timepris og antall timer med henvisning til taushetsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser, men ga innsyn i totalpris og øvrige deler av avtalen.*

*Det var tvilsomt om opplysningene var undergitt taushetsplikt. Ombudsmannen la særlig vekt på åpenhet om bruk av offentlige midler, samt tidsmomentet. Mattilsynet ble bedt om å vurdere innsynsbe-gjæringen på nytt. Ombudsmannen ba deretter Landbruks- og matdepartementet om en uttalelse. Departementet kom til at opplysningene ikke kunne*

*anses undergitt taushetsplikt, og Mattilsynet gav deretter klageren innsyn i opplysningene.*

A begjærte innsyn i avtale om kjøp av konsulenttjenester inngått i november 2004 mellom Mattilsynet og et aksjeselskap. Mattilsynet avsto innsyn i opplysninger om timepris og timeantall.

A klaget Mattilsynets avslag inn for ombudsmannen, som ba Mattilsynet redegjøre nærmere for hvordan opplysningene om timeantall og timepris på konsulenttjenestene ble ansett å være av «konkurransmessig betydning å hemmeligholde» av hensyn til aksjeselskapet, jf. forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser § 3-3. Mattilsynet ble spesielt bedt om å vurdere spørsmålet i lys av den tiden som var gått etter at avtalen var inngått og avsluttet.

I Mattilsynets svarbrev fremgikk det at:

«Mattilsynet har gitt A innsyn i hele avtalen, med unntak av timeantall og timepris. Vi har i utgangspunktet ikke vurdert timeantallet som taushetsbelagt. I kontrakten fremkommer imidlertid også total økonomisk ramme for oppdraget, og sammen med timetallet vil man enkelt kunne beregne timeprisen. Mattilsynet har i denne saken vurdert timeprisen som den eneste opplysningen i kontrakten som er av konkurransemessig karakter og som vi etter vår vurdering plikter å holde tilbake. Timepris er et sentralt fordelingskriterium i anbudskonkurranser og en egenskap ved tilbudet som konkurrerende leverandører vil ønske å få kjennskap til. Vi vurderer det derfor slik at andre leverandører vil kunne få et konkurransefortrinn dersom de får kjennskap til hvilken timepris [aksjeselskapet] opererer med, og som da vil kunne skade [aksjeselskapets] forretningsinteresser.

Kontrakten med [aksjeselskapet] ble inngått i november 2004 og avsluttet i 2005. Leverandørenes timepriser endres ikke særlig fra år til år, og vi mener derfor at dette tidsperspektivet er for kort til å kunne påvirke vår beslutning.

Formålet med at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger er at leverandørene må kunne stole på at opplysninger som angår deres produkt ikke gjøres kjent dersom dette skulle medføre at andre leverandører får et konkurransefortrinn. Mattilsynet gjennomfører hvert år mange anbudskonkurranser. For at ikke leverandørene skal miste tillit til oss og dermed bidra til å redusere konkurransen i de anbudsprosessene vi gjennomfører ved å ikke ville delta, er det viktig at leverandørene kan stole på at vi behandler konkurransefølsom informasjon på en profesjonell måte og at vi overholder den taushetsplikten vi er pålagt.

A har fått innsyn i den øvrige avtaleteksten inkludert total økonomisk ramme for tjenesten, vi kan imidlertid ikke se at det er noen grunn til at han må vite leverandørenes timepris for å kunne vurdere Mattilsynets konsulentbruk.»

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Hovedregelen er at forvaltningens saksdokumenter «er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», se offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 første ledd. Unntak er gjort i samme lov § 5 a første ledd for opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov. I medhold av lov om offentlige anskaffelser fra 1999 § 11, er det gitt regler om taushetsplikt i forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser § 3-3 der det fremgår at:

«Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningen angår.»

Ny forskrift om offentlige anskaffelser ble vedtatt 7. april 2006 nr. 407. De nye reglene trådte i kraft 1. januar 2007 med samtidig oppheving av forskriften fra 2001. Det er imidlertid forskriften fra 2001 som regulerer Mattilsynets adgang til å gjøre unntak fra innsyn i denne saken. For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at bestemmelsen om taushetsplikt i den nye forskriften § 3-6 ikke innebærer noen materiell endring.

Jeg er enig i at avtalens opplysninger om timepris og timeantall gjelder slike «drifts- og forretningsforhold» som i utgangspunktet omfattes av bestemmelsen om taushetsplikt i forskriften. Spørsmålet er om «det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde [timepris og timeantall] av hensyn til den opplysningen angår».

Jeg har tidligere gitt uttrykk for at det ved tolkningen må legges vekt på taushetspliktens formål, det aktuelle firmaets ønske om hemmelighold og allmennhetens behov for innsyn i disponering av offentlige midler, se ombudsmannens årsmelding for 2005 side 79 (Somb-2005-7). Taushetspliktens sentrale formål er å hindre spredning av opplysninger som kan medføre skade eller tap for vedkommende bedrift. Slik bidrar taushetsplikten til at potensielle leverandører ikke avholder seg fra å gi tilbud av frykt for at sensitive forretningsopplysninger formidles videre til konkurrenter eller andre uvedkommende. I denne saken er det på det rene at [aksjeselskapet] motsetter seg innsyn i opplysningene.

Innsyn og åpenhet er spesielt viktig i saker som gjelder bruk av offentlige midler. Når det gjelder innsyn i opplysninger om timesatser, mener jeg at det er «særs viktig at det her er tale om bruk av offentlige midlar», se saken inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2005 side 79 på side 82 (Somb-2005-7). Prinsipielt mener jeg at offentligheten bør ha innsyn i avtaler som forvaltningen inngår med private om utføring av tjenester for det offentlige. Enhver som utfører tjenester for det offentlige

må derfor være forberedt på spørsmål om grunnlaget for de økonomiske kravene de setter frem. Åpenhet om grunnlaget er viktig for å motvirke overfakturering, men også for muligheten til å kontrollere korrekt utbetaling av offentlige midler. Dette bidrar til å styrke tilliten forvaltningen og de aktørene som utfører tjenester for det offentlige. En forutsetning for taushetsplikt etter loven og forskriften er derfor at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold, som tilsier at åpenhet i ettertid vil være skadelig for konkurranseforholdene.

I denne sammenheng er det grunn til å trekke frem departementets uttalelse om åpenhet i forarbeidene til den nye offentleglova 19. mai 2006 nr. 16, som ennå ikke er trådt i kraft. Ved vedtakelsen av den nye loven må det legges til grunn at Stortinget stilte seg bak ønsket om større åpenhet i prosessen rundt offentlige anskaffelser. Det fremgår i Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) kapittel 9 punkt 9.4 at:

«Departementet meiner at det er behov for auka innsyn i dokument i saker om offentlege innkjøp. Ein høg grad av innsyn i innkjøpsprosessen vil kunne føre til at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn når midlane til det offentlege blir disponert, og dermed motverke korrupsjon og andre uheldige tilhøve.

«Departementet meiner at utvalfleirtalet har lagt for stor vekt på den auka arbeidsbyrda ei utskiljing av opplysningar undergitt teieplikt vil føre til forvaltningen, og viser til at utvalfleirtalet også i prinsippet ønskte offentlegheit for tilboda. Departementet legg avgjerande vekt på fordelane ved ein gjennomiktig innkjøpsprosess, slik at både leverandørar, politikarar og ålmenta kan kontrollere at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn, medrekna at korrupsjon eller korrupsjonsliknande forhold ikkje fann stad. Departementet viser også til at det heller ikkje gjeld særlege unntaksreglar for tilbodsokument i Danmark og Sverige. På denne bakgrunnen er departementet kommet til at også tilboda bør vere offentlege frå det tidspunktet da leverandøren er vald.»

Det er også grunn til å trekke frem formålet som er angitt i § 1-1 i den nye forskriften om offentlige anskaffelser fra 2006. Det fremgår at forskriften skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. I tillegg skal forskriften bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det er ingen grunn til å anta at formålet skulle være et annet ved tolkningen av forskriften fra 2001.

Slik denne saken er opplyst, er det vanskelig å se at det vil ha konkurransemessig betydning for [aksjeselskapet] å hemmeligholde timeprisen nå. Avtalens totalpris er allerede kjent. Selv om enhetsprisen er et sentralt tildelingskriterium, er det nå gått mer enn to år siden avtalen ble inngått. Jeg konstaterer at

leverandørens timepriser ikke endres særlig fra år til år, men legger samtidig til grunn at timeprisen på konsulenttjenester er påvirket av endringer i pengeverdien og avhengig av endringer i det aktuelle markedet for konsulenttjenester. Det er ikke ukjent at timeprisen også varierer mellom ulike konsulenter i samme firma, blant annet avhengig av kunnskap og erfaring. Det er heller ikke ukjent at timeprisen varierer med avtalers art og omfang.

I tidligere saker har jeg understreket at taushetspliktens formål ikke er å beskytte næringsvirksomhet mot enhver form for konkurranse, ei heller enhver opplysning som er uheldig eller strategisk ugunstig for vedkommende foretak. Normalt vil det derfor ikke være taushetsplikt for mindre sensitive næringsopplysninger. I denne sammenheng kan det ikke være avgjørende at [aksjeselskapet] ikke ønsker offentlighet om timeprisene.

Etter en samlet vurdering er jeg i tvil om opplysningene om timepris er omfattet av forskriftens bestemmelse om taushetsplikt. Jeg viser spesielt til betydningen av åpenhet i saker som gjelder bruk av offentlige midler, samt opplysningen om at det er gått mer enn to år siden avtalen ble inngått. På denne bakgrunn ber jeg om at Mattilsynet vurderer innsynsspørsmålet på nytt, og orienterer meg om utfallet av den nye behandlingen.»

Etter en fornyet behandling mente Mattilsynet fremdeles at opplysningene var underlagt taushetsplikt. Landbruks- og matdepartementet, som ble bedt om å uttale seg om spørsmålet, kom til at opplysningene ikke kunne anses underlagt taushetsplikt. Mattilsynet gav deretter klageren innsyn i timepris og timeantall.

#### 4.

#### Innsyn i brev fra Politiets sikkerhetstjeneste til Justisdepartementet

(Sak 2006/1794)

*Et brev fra Politiets sikkerhetstjeneste til Justisdepartementet ble delvis unntatt fra offentlighet under henvisning til offentlighetsloven § 5 andre ledd bokstav a).*

*Det var adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen om offentlighet, fordi dokumentet var utarbeidet av «et underordnet organ» for Justisdepartementets «interne saksforberedelse». I forhold til departementets vurdering av meroffentlighet uttalte ombudsmannen at han ikke kunne se at det var påvist forhold som skulle tilsi hemmelighold. Det var derfor begrunnet tvil om «forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd siste pkt. Departementet ble bedt om å vurdere meroffentlighet på nytt. Etter ny behandling besluttet departementet å gi innsyn i hele dokumentet.*

NRK Nyheter begjærte innsyn i et brev fra Politiets

sikkerhetstjeneste (PST) til Justisdepartementet med overskriften «Forslag til endringer i utlendingsloven». Justisdepartementet av slo begjæringen med hjemmel i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav a). Etter at NRK ba om en ny vurdering, ga Justisdepartementet delvis innsyn i dokumentet med følgende begrunnelse:

«Vi har vurdert saken på nytt, og kommet til at det skal gis innsyn i dokumentet, men at deler av dokumentet skjermes fra innsyn med hjemmel i offentlighetsloven § 5, 2. ledd a) jf § 2, 3. ledd. Dokumentet følger vedlagt.

Forslaget fra PST, som underlagt organ, er for tiden til behandling i departementet. Dersom departementet ønsker at det skal fremmes for Arbeids- og inkluderingsdepartementet som ledd i den alminnelige høringsbehandlingen til ny utlendingslov, vil forslaget naturlig nok bli offentlig i sin helhet. Vi håper imidlertid på forståelse for behovet for en faglig og politisk vurdering i departementet før en eventuell offentliggjøring.»

I brev til ombudsmannen klaget NRK Nyheter på at begjæringen om innsyn var delvis avslått. NRK mente at saken berører viktige samfunnsmessige interesser som gjelder myndighetenes mulighet til å utvise personer som utgjør en trussel mot rikets sikkerhet. Det ble vist til at saken reiser prinsipielle spørsmål, og til offentlighetslovens klare intensjon om at forvaltningen skal praktisere meroffentlighet knyttet til interne dokumenter.

I brev herfra ble departementet bedt om å redegjøre for hvorfor brevet ble ansett å være utarbeidet for Justisdepartementets «interne saksforberedelse», herunder hvordan hensynene bak unntaksadgangen i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a) gjorde seg gjeldende. Departementet ble også bedt om å redegjøre nærmere for sin vurdering av meroffentlighet. I den anledning ble det vist til brevet fra PST til Justisdepartementet, der det fremgikk at det var PST som ba Justisdepartementet om å vurdere forslag til ny prosessordning for utlendingsaker hvor rikets sikkerhet eller andre tvingende samfunnsmessige hensyn er vurderingstema. Videre ble det vist til at brevet ga en gjennomgang av det PST omtalte som «en vanskelig situasjon i Norge med hensyn til behandling av saker som angår utlending som anses å være en fare for rikets sikkerhet, og som av den grunn ikke skal ha opphold i Norge». Endelig ble det vist til at brevet samlet fremsto som et gjennomarbeidet forslag til ny prosessuell ordning for utlendingsaker, og at brevet munnet ut i et konkret forslag som var undertegnet av lederen for PST.

I Justisdepartementets svarbrev fremgikk det at:

«Offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a) gjelder dokumenter utarbeidet av et underordnet organ. Som kjent er Politiets sikkerhetstjeneste (PST) underlagt Justisdepartementet (JD) på alle felter, unntatt innen etterforskning. I utgangspunktet er dermed unntaksvilkåret i bestemmelsen oppfylt.

Vurderingen videre blir da om brevet omfat-

tes av § 5 annet ledd siste punktum, dvs. om brevet kan sies å være «innhentet som ledd i den alminnelige høringsbehandling av lover, forskrifter eller lignende generelle saker». Departementet vil understreke at brevet fra PST ikke er en høringsuttalelse i forbindelse med ny utlendingslov. Brevet fra PST ble derimot utarbeidet på oppfordring fra JD i et forangående møte. Bakgrunnen for anmodningen var at JD fant grunn til å se nærmere på eventuelle lovendringsbehov hva gjelder bruk av PSTs opplysninger i utlendingsaker. Forslaget fra PST må dermed anses som et innspill i JDs videre interne saksbehandling. Av samme grunn er det heller ikke sendt kopi av forslaget til Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID), som ansvarlig departement for utlendingsloven, eller til noen andre. JD mener at dokumentet derfor ikke faller inn under unntaksbestemmelsen i § 5 annet ledd siste punktum.

Den faller således inn under § 5 annet ledd bokstav a). Når det gjelder spørsmål om meroffentlighet, kan JD ikke se at det er grunn til å praktisere større meroffentlighet enn vi allerede har gjort. Begrunnelsen for dette er at det som et generelt utgangspunkt er lite hensiktsmessig å offentliggjøre forslag til lovendringer mv uten at disse er nærmere vurdert med tanke på videre oppfølging. Departementet må ha anledning til å motta innspill fra våre underordnede organer uten at det gjennom offentliggjøring skapes unødige spekulasjoner med henblikk på eventuelle fremtidige lovforslag.»

NRK Nyheter ga korte merknader til departementets svar.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Lovanvendelsen - gir offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a) hjemmel for unntak?»

Hovedregelen i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 er at forvaltningens saksdokumenter «er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», jf. lovens § 2. Dokumenter som er utarbeidet av et underordnet organ for det overordnede organets interne saksforberedelse, kan unntas etter offentlighetsloven § 5, annet ledd bokstav a).

Begjæringen om innsyn gjelder et brev fra Politiets sikkerhetstjeneste (PST) til Justisdepartementet. I dokumentet er det gitt en beskrivelse av saksbehandlingen i saker om opphold i Norge, der utlending anses å være en fare for rikets sikkerhet. I brevet foreslår PST en ny prosessuell ordning for behandlingen av denne typen saker.

Departementet har opplyst at dokumentet ble utarbeidet på oppfordring fra Justisdepartementet etter et møte mellom PST og departementet, og at det må ses som et innspill til departementets egen behandling av dette spørsmålet. Forslaget om lovendring er ikke sendt videre til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, som har ansvaret for utlendingslovgivningen.

Ut fra disse faktiske omstendighetene, legger jeg til grunn at begjæringen gjelder et dokument for Jus-



tisdepartementets «interne saksforberedelse som er utarbeidet av et underordnet organ». Unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a) får dermed anvendelse, og det *kan* da gjøres unntak fra offentlighet.

## 2. Departementets meroffentlighetsvurdering

I tilfeller der loven åpner for at det *kan* gjøres unntak, følger det av offentlighetsloven § 2 tredje ledd at departementet skal vurdere om dokumentet «likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis». Plikten innebærer at departementet i hvert enkelt tilfelle må vurdere om de hensyn som begrunner unntaket gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende sammenholdt med de hensyn som taler for offentliggjøring.

I denne saken er det på det rene at Justisdepartementet allerede har utøvet meroffentlighet, og av eget tiltak gitt innsyn i deler av dokumentet. Ved oversendelsen til NRK har departementet imidlertid sladdet de deler av dokumentet som inneholder eller refererer til PSTs konkrete forslag til ny prosessordning.

Offentlighetslovens unntak for interne dokumenter er særlig begrunnet i behovet for en saksforberedelse med fri og fortrolig meningsutveksling innad, før saken presenteres for innspill fra offentligheten. I denne saken har departementet i sin vurdering av meroffentlighet vist til behovet for å kunne foreta en faglig og politisk vurdering i departementet før PSTs forslag til ny prosessordning eventuelt offentliggjøres.

Saken gjelder prinsipielle spørsmål av rettssikkerhetsmessig betydning, og det er derfor knyttet offentlig interesse til hele dokumentet. Sakens prinsipielle betydning tilsier at de hensyn som taler for offentliggjøring er sterke. Til dette kommer at brevet uttrykker PSTs syn, og at det fremstår som et gjennomarbeidet forslag til endring av prosessordningen for utlendingssaker. Dette er tungtveiende grunner som taler for at det utvises meroffentlighet.

Jeg kan ikke se at det er påvist forhold som tilsier at behovet for hemmelighold er sterkere enn de hensyn som taler for offentlighet i denne saken. Samlet er det derfor begrunnet tvil knyttet til forhold av betydning for meroffentlighetsvurderingen, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd, siste punktum. Jeg ber om at departementet behandler innsynsspørsmålet på nytt, og at jeg holdes orientert om departementets nye behandling.»

Departementet vurderte saken på nytt, og besluttet å gi NRK innsyn i hele dokumentet.

## 5.

### Offentlighetslovens anvendelse på dokumenter om betaling for advokattjenester

(Sak 2006/2112)

*En begjæring om innsyn i det nærmere innholdet i en avtale om advokattjenester mellom staten og et advokatfirma ble avvist under henvisning til at saken ble behandlet etter rettspleielovene, og at offentlighetsloven dermed ikke fikk anvendelse.*

*Ombudsmannen kom til at de etterspurte dokumentene ikke hadde en slik tilknytning til saken som var brakt inn for tingretten at de var å anse som rettssaksdokumenter. Det var derfor ikke adgang til å avvise begjæringen om innsyn. Departementet ble bedt om å behandle saken på nytt etter offentlighetslovens regler.*

*Departementet behandlet saken på nytt og ga advokatfirmaet innsyn i de aktuelle dokumentene.*

Advokatfirmaet A hadde brakt en erstatningssak mot staten v/daværende Moderniseringsdepartementet inn for tingretten. Saken gjaldt krav om dekning av advokatutgifter i forbindelse med en tidligere sak for Den europeiske menneskerettsdomstolen. Prosessfullmektig for staten i erstatningssaken var en advokat i advokatfirmaet B. Kort tid før hovedforhandlingen ble det inngått forlik mellom partene, og forliket omfattet partenes saksomkostninger. Partenes begjæring om heving av saken ble tatt til følge ved tingrettens kjennelse.

Advokatfirmaet A ba Fornyings- og administrasjonsdepartementet om innsyn i alle dokumenter vedrørende statens kostnader til prosessfullmektigen i erstatningssaken. Departementet avslo innsynskravet, og viste blant annet til at de etterspurte dokumentene gjaldt en sak som var behandlet etter rettspleielovene, slik at offentlighetsloven ikke fikk anvendelse.

Advokatfirmaet A brakte saken inn for ombudsmannen, og anførte at departementets avslag var i strid med offentlighetsloven og prinsippet om meroffentlighet. Det ble særlig vist til viktigheten av at «statens tids- og kostnadsbruk ikke unndras offentlighet». Det ble videre fremholdt at departementet ikke hadde noe rettslig grunnlag for å unnta de aktuelle dokumentene.

Ombudsmannen ba Fornyings- og administrasjonsdepartementet om å redegjøre nærmere for standpunktet om at offentlighetsloven ikke kom til anvendelse i saken. Det ble i denne sammenheng spurt om på hvilken måte de etterspurte dokumentene kunne anses å være dokumenter i erstatningssaken som stod for tingretten.

I redegjørelsen til ombudsmannen fremholdt departementet at advokatfirmaet A ikke var part i saken mellom Fornyings- og administrasjonsdepartementet og advokaten i advokatfirmaet B, slik at partinnsyn etter forvaltningsloven ikke var aktuelt. I forhold til offentlighetslovens anvendelse på doku-

mentene, opplyste departementet at behandlingen av erstatningssaken for tingretten var omfattet av unntaket i offentlighetsloven § 1 tredje ledd, og at denne avgrensningen også omfattet oversikt over antall timer og honorar til statens prosessfullmektig. Departementet påpekte videre at det ble oppnådd forlik og at partene var enige om å anse saken som endelig avgjort.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 63 gjelder for «den virksomhet som drives av forvaltningsorganer», jf. § 1 første ledd. Hovedregelen er at innsynsretten omfatter samtlige dokumenter til og fra et forvaltningsorgan, så langt det er tale om «saksdokumenter». De aktuelle dokumentene i denne saken, fakturaer m.v. fra advokatfirmaet B, må isolert sett anses som «saksdokumenter» i offentlighetslovens forstand. Spørsmålet er om det foreligger lovhjemmel for at offentlighetsloven likevel ikke skal gjelde for dokumentene. Det relevante lovgrunnlaget er offentlighetsloven § 1 tredje ledd, som avgrenser offentlighetslovens anvendelsesområde mot «saker som behandles etter rettspleielovene».

Virkningen av denne unntaksbestemmelsen er at offentlighetsloven står tilbake for reglene om offentlighet og dokumentinnsyn i visse nærmere angitte særlover. Bakgrunnen for dette er først og fremst at reglene i særlovene er utformet etter en nøye avveining av de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende på de respektive områdene. Formålet har ikke nødvendigvis vært å avskjære adgangen til innsyn, men å sørge for at spørsmål om innsyn i rettssaksdokumenter behandles etter de regler som gjelder i den aktuelle prosesslovgivningen. Det følger imidlertid direkte av ordlyden i offentlighetsloven § 1 tredje ledd at dokumentet det bes om innsyn i må «behandles» etter en av rettspleielovene for at innsyn etter offentlighetsloven kan avskjæres. Det aktuelle dokumentet må med andre ord ha en tilknytning til saken på en slik måte at det omfattes av reglene om dokumentoffentlighet i vedkommende rettspleielov, i det tilfellet bestemmelsene i tvistemålsloven § 135.

Hva som nærmere ligger i unntaket i offentlighetsloven § 1 tredje ledd er blant annet beskrevet slik i forarbeidene:

«Det følger av utkastets annet ledd at offentlighetsloven ikke vil gjelde rettssaksdokumenter. Dette vil gjelde enten de befinner seg hos domstolene eller de befinner seg i forvaltningen. Dette vil si at stevninger, pålegg om tilsvarende og prosesskriv m/vedlegg som sendes et forvaltningsorgan i forbindelse med en rettssak, kan unntas fra offentlighet.» (Ot.prp. nr. 4 (1981-1982))

Saken som ble brakt inn for behandling ved tingretten, gjaldt et erstatningskrav mot staten v/Moderniseringsdepartementet. Saken ble forlikt, og den ble hevet ved rettslig kjennelse før hovedforhandlin-

gen. Det var enighet mellom partene om saksomkostningsspørsmålet. Jeg legger til grunn at de aktuelle dokumentene som det er bedt om innsyn i, gjelder timelister, fakturaer og lignende fra advokatfirmaet B, innsendt til departementet i forbindelse med krav om økonomisk oppgjør for prosessfullmektigoppdraget. Verken avtalen mellom staten og advokatfirmaet B om prosessfullmektigoppdraget, eller de konkrete salærkravene fra advokaten, var gjenstand for tingrettens behandling. Slik saken er opplyst, kan jeg derfor ikke se at de etterspurte dokumentene var en del av «rettssaksdokumentene» som eventuelt kunne ha vært gjenstand for krav om dokumentinnsyn etter tvistemålsloven § 135. Fakturaene m.v. må derfor anses omfattet av offentlighetslovens virkeområde.

#### Konklusjon:

Departementet hadde ikke adgang til å avvise Advokatfirmaet As anmodning om innsyn under henvisning til bestemmelsen i offentlighetsloven § 1 tredje ledd. Departementet må behandle innsynskravet på nytt etter de relevante bestemmelsene i offentlighetsloven. Min undersøkelse har vært begrenset til spørsmålet om offentlighetslovens anvendelse for de aktuelle dokumentene. I første omgang er det opp til departementet å ta stilling til om dokumentene kan og bør unntas fra offentlighet.

Departementet bes om å prioritere behandlingen av denne saken, og holde meg orientert om utfallet.»

Departementet behandlet saken på nytt og ga advokatfirmaet innsyn i de aktuelle dokumentene.

## 6.

### Innsyn i årsrapport for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll – taushetsplikt

(Sak 2006/1315)

*Justis- og politidepartementet avgraderte årsrapporten for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, men sladdet enkelte opplysninger om omfanget av kontrollen under henvisning til taushetsplikt etter politiloven § 24 annet ledd.*

*Justisdepartementet og Riksadvokaten mente at innsyn i opplysningene ville medføre fare for at etterforskningen ble vanskeliggjort i aktuelle eller fremtidige saker. Vurderingen forutsetter slik fagkunnskap og oversikt over kriminalitetsbildet som Riksadvokaten og Justisdepartementet har. Ombudsmannen lot saken bero med de undersøkelser og vurderinger som var gjort.*

Norsk Redaktørforening ba Justis- og politidepartementet om innsyn i årsrapporten for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Norsk Redaktørforening fikk oversendt en sladdet kopi av

rapporten. Rapporten var stemplet «strengt fortrolig iht beskyttelsesinstruksen», og påført en henvisning til offentlighetsloven § 6 nr. 5. Stempelet var krysset over, og rapporten var påført følgende ordlyd:

«Avgradert. Kan off. gjøres. 31.03.05 MTG t.e. 19.04.05 ma».

Justis- og politidepartementet opplyste at hjemmel for sladding var:

«Delvis U.O. jf. Offl. § 5a jf. Politil. § 24.»

I klagen til ombudsmannen anførte Norsk Redaktørforening at:

«Vi har vanskelig for å se at offentlighetsloven § 6 nr 5 kan brukes som hjemmel for å unnta rapporten fra offentlighet i utgangspunktet. Når det gjelder den oppgitte hjemmel for sladdingen mener vi at taushetspliktbestemmelsen i politiloven § 24 ikke kan hjemle unntak (sladding) av denne type opplysninger, som etter vår oppfatning er rent statistiske oppsummeringer av kommunikasjonskontrollene i 2003.

---

Det er vårt syn at ingen av de statistiske opplysninger om volum for kommunikasjonskontroll i 2003 kan være nødvendig å hemmeligholde, verken av hensyn til at spaningsvirksomheten og kontrollvirksomhet kan røpes, eller av hensyn til at hemmelige/ukjente spaningsmetoder blir røpet.

Derimot er det vår oppfatning at hensynet til den demokratiske kontroll og den allmenne debatt om samfunnets bruk av overvåkings og kontrollmetoder tvert imot tilsier at nettopp tall som sier noe om omfanget av denne type virksomhet blir offentlig kjent.»

Justis- og politidepartementet ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på offentlighetsloven § 6 nr. 5 som hjemmel for å unnta rapporten fra offentlighet. Departementet ble videre bedt om å presisere hvilket alternativ i politiloven § 24 som fikk anvendelse, og begrunne hvorfor de sladdete opplysningene var underlagt taushetsplikt og dokumentet påført beskyttelsesgraden «strengt fortrolig».

I sitt svar antok Justis- og politidepartementet at kontrollutvalgets henvisning til offentlighetsloven § 6 nr. 5 som begrunnelse for å gradere rapporten «strengt fortrolig» ikke var helt dekkende. Til spørsmålet om politiloven § 24 opplyste departementet:

«Justisdepartementets henvisning til politilovens § 24 i sitt vedtak av 27.06.06 om delvis unntak fra offentlighet, refererer seg til § 24 *annet ledd*, særlig med hensyn til «... opplysninger som politiets operative virksomhet og organisering av den, samt opplysninger som det ut fra spanings- og etterretningsvirksomheten er nødvendig å holde hemmelig». Det var kriteriene etter denne bestemmelsen som var retningsgivende da departementet sladdet Årsrapporten for 2003 før den ble gjort offentlig tilgjengelig.»

Norsk Redaktørforening viste til Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) Om lov om politiet pkt. 6.10.2 og kunne vanskelig se at den aktuelle bestemmelsen tok sikte på å verne den type opplysninger som var sladdet i årsrapporten for 2003. Videre viste Norsk Redaktørforening til forvaltingsloven § 13a nr. 2 om at eventuell taushetsplikt ikke er til hinder for at «opplysningene brukes når behovet for beskyttelse må anses varetatt ved at de gis i statistisk form eller ved at individualiserende kjennetegn utelates på annen måte».

Departementet ble igjen bedt om å begrunne hvorfor de sladdete opplysningene var underlagt taushetsplikt. Videre ble departementet bedt om å kommentere anførselen fra Norsk Redaktørforening om at politiloven § 24 annet ledd ikke tar sikte på å verne opplysninger av den art som er sladdet i årsrapporten fra 2003.

Justis- og politidepartementet opplyste i brev 6. desember 2006:

«De opplysninger det refereres til i den konkrete sak er tall inntatt i årsrapporten fra Kontrollutvalget, og som er vurdert slik at om de blir offentliggjort vil avdekke politiets bruk av kommunikasjonskontroll på en slik måte at kriminelle i fremtiden, ved å innrette seg etter denne kunnskapen, vil kunne vanskeliggjøre avdekking og bevissikring ved etterforskning av slik kriminalitet. Dette faller inn under forannevnte bestemmelse om politiets «operative virksomhet» og som det ut fra «spanings- og etterretningsvirksomheten» er nødvendig å holde hemmelig.

Vurderingen etter denne bestemmelsen må nødvendigvis knyttes opp mot faren for at etterforskningen kan bli vanskeliggjort i *aktuelle eller fremtidige saker*. Dette igjen forutsetter en oversikt over utfordringene i aktuelt kriminalitetsbilde, kombinert med innsikt i metodebruk og bevisproblemene i løpende saker. Av denne grunn har vi en nødvendig dialog med riksadvokatembetet i det enkelte tilfelle før nedgradering blir foretatt. Vi vil derfor opplyse at vi nettopp har hatt en ny dialog med riksadvokatembetet om avgradering. Heller ikke etter en ny gjennomgang av spørsmålet, finner vi for tiden grunnlag for ytterligere avgradering av årsrapport for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll med sikte på offentlighet.

Vi har ellers merket oss anførselene i brev ... fra Norsk Redaktørforening, særlig sitatet hentet fra Ot.prp. nr. 22 (1994-1995). Selv om ordlyden i dette sitatet isolert sett kunne tas til inntekt for en innskrenkende fortolkning av § 24, annet ledd, er det ikke tvilsomt at bestemmelsen har som formål å pålegge taushetsplikt om *politiets metoder*, både i forebyggende virksomhet og ved etterforskning, der offentlighet ellers vil kunne skade politiets virksomhet. Dette kommer noe bedre til syne i de spesielle motivene til § 24 på side 69 i proposisjonen, hvorfra siteres:

«Når annet ledd viser til «hensynet til spanings- og etterretningsvirksomhet», omfatter dette så vel opplysninger som er innhentet gjennom slik virksomhet, som andre opplysninger som vil skade denne, for eksempel informasjon om hvor spaning drives.»

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

#### *«1. Justis- og politidepartementets behandling av henvendelser fra ombudsmannen*

Justis- og politidepartementet ble i brev herfra 2. august 2006 bedt om å svare på spørsmål som gjaldt departementets behandling av innsynsbegjæringen fra Norsk Redaktørforening. Ombudsmannen mottok ikke svar, og i nytt brev herfra 7. september 2006 ble det minnet om saken. Da ombudsmannen fortsatt ikke hadde mottatt noen tilbakemelding fra departementet, ble det i brev herfra 6. oktober 2006 minnet om at loven forutsetter at innsynsbegjæringene skal behandles raskt. Det ble også understreket at Stortinget forutsetter at forvaltningen skal prioritere henvendelser fra ombudsmannen, og svarfrist ble satt til 13. oktober 2006. Justisdepartementet svarte ikke innen fristen. I brev 20. oktober 2006 ble svar igjen etterlyst og svarfrist satt til 24. oktober 2006 kl. 15.00. Svar ble mottatt per telefaks 24. oktober 2006 kl. 15.42. Departementet beklaget at det hadde tatt så lang tid å besvare henvendelsen fra Sivilombudsmannen.

I brev herfra 9. november 2006 ble det stilt enkelte oppfølgingsspørsmål med svarfrist 17. november 2006. Ombudsmannen mottok heller ikke denne gang svar innen fristen. Svar ble etterlyst i nytt brev herfra 4. desember 2006 med ny svarfrist satt til mandag 11. desember 2006. Svar ble mottatt per telefaks 12. desember 2006.

Jeg har ved flere anledninger gitt uttrykk for at raske og utfyllende svar fra forvaltningen er en forutsetning for at ombudsmannen skal kunne utføre sin oppgave. Justis- og politidepartementets behandling av henvendelsene herfra er ikke i samsvar med lovens forutsetninger og vanskeliggjør mitt arbeid. Dette ga jeg uttrykk for i min uttalelse 7. desember 2006, som gjaldt Norsk Redaktørforenings klage over sen saksbehandling av begjæring om innsyn i årsrapportene fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Jeg finner grunn til å be Justisdepartementet merke seg mitt syn og sørge for at fremtidige henvendelser herfra blir behandlet og avgjort uten ugrunnet opphold.

#### *2. Taushetsplikt etter politiloven § 24 annet ledd*

Hovedregelen er at forvaltningens saksdokumenter «er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», se offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 første ledd. Unntak er gjort i samme lov § 5a første ledd for opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov.

Politiets taushetsplikt er regulert i politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 24. Det følger av politiloven § 24 første ledd at taushetsplikten i straffeprosessloven §§ 61a-61e gjelder for politiets behandling av straffesaker. For politiets øvrige virksomhet gjelder strafferegistreringsloven § 8 og forvaltningsloven

§§ 13-13f «med de tillegg og begrensninger som følger av denne paragraf.»

I politiloven § 24 annet ledd første punktum er taushetsplikten utvidet til også å gjelde «opplysninger om politiets operative virksomhet og organiseringen av den, samt opplysninger som det ut fra spanings- og etterretningsvirksomheten er nødvendig å holde hemmelig». Bakgrunnen for den utvidete taushetsplikten er faren for at politiets muligheter til å løse sine oppgaver kan forspilles eller bli vesentlig vanskeliggjort dersom opplysningene blir kjent.

#### *3. Er opplysningene undergitt taushetsplikt etter politiloven § 24 annet ledd første punktum?*

Årsrapporten for 2003 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll er avgradert og offentliggjort, men enkelte opplysninger i rapporten er sladdet. Spørsmålet er om de sladdete opplysningene er «opplysninger om politiets operative virksomhet og organiseringen av den, samt opplysninger som det ut fra spanings- og etterretningsvirksomheten er nødvendig å holde hemmelig», jf. politiloven § 24 annet ledd første punktum. De sladdete avsnittene er i det følgende markert som (...).

De aktuelle opplysningene på side 2 er:

«I 2003 ble det foretatt kommunikasjonskontroll i 288 (296) saker og 1 099 (1 107) telefoner, av disse telefonene var ca (...) mobiltelefoner. (Tallene i parentes er tallene for 2002)

I 2003 var ca (...) av kontrollene telefoner som var tilgjengelig for «et større antall personer», jf. straffeprosessloven § 216c annet ledd.

Det ble iverksatt hurtigkobling (...) ganger.»

På side 3 er følgende sladdet:

«Riksadvokaten har opplyst at (...) navngitte samt (...) ikke-navngitte nye personer har fått status som siktet etter reglene om kommunikasjonskontroll i 2003.»

På side 5 er følgende sladdet:

«Av Riksadvokatens årsrapport fremgår at av (...) mobiltelefoner som ble utsatt for kommunikasjonskontroll ble ca (...) mobiltelefoner både avlyttet og utsatt for annen kontroll. De resterende (...) mobiltelefonene ble utelukkende utsatt for annen kontroll.»

Justis- og politidepartementet har hevdet at opplysningene «om de blir offentliggjort vil avdekke politiets bruk av kommunikasjonskontroll på en slik måte at kriminelle i fremtiden, ved å innrette seg etter denne kunnskapen, vil kunne vanskeliggjøre avdekking og bevissikring ved etterforskning av slik kriminalitet. Dette faller inn under forannevnte bestemmelse om politiets «operative virksomhet» og som det ut fra «spanings- og etterretningsvirksomheten» er nødvendig å holde hemmelig.»

Norsk Redaktørforening har på sin side frem-

holdt at hensynet til den demokratiske kontroll og den allmenne debatt om samfunnets bruk av overvåkings- og kontrollmetoder tilsier at tall som sier noe om omfanget av denne type virksomhet, blir offentlig kjent.

I forarbeidene er det redegjort nærmere for hvilken type opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter politiloven § 24 annet ledd, se Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) punkt 6.10.2:

«Dette er foreslått tatt inn i utkastets § 24 annet ledd og gjelder opplysninger om «politiets operative virksomhet og organiseringen av den», samt opplysninger «som det ut fra hensynet til spanings- og etterretningsvirksomheten er nødvendig å holde hemmelig». I det første tilfellet tenkes det på politiets planer og tjenesteopplegg i forbindelse med sikkerhetsopplegg, ordensmessige aksjoner eller lignende forhold, hvor det ville ødelegge eller vanskeliggjøre politiets muligheter for å løse sine oppgaver hvis opplysningene ble kjent. I det andre tilfellet - etterretnings- og spaningsvirksomhet - vil opplysningene være undergitt taushetsplikt etter straffeprosesslovens regler når de går inn i en konkret sak. Det er imidlertid også et behov for å beskytte opplysninger som ikke gjelder enkeltsaker, men generelt berører spanings- og etterretningsvirksomheten eller som gjelder forhold som foreløpig er for uklare til at det danner grunnlag for en egen sak.»

Videre fremgår det på side 69 i kommentaren til § 24:

«Når annet ledd viser til «hensynet til spanings- og etterretningsvirksomheten», omfatter dette så vel opplysninger som er innhentet gjennom slik virksomhet, som andre opplysninger som vil skade denne, f.eks. informasjon om hvor spaning drives. I det øyeblikk informasjonen går inn i en konkret straffesak, vil det være straffeprosesslovens regler om taushetsplikt som regulerer forholdet også for den informasjonen som skriver seg fra spanings- og etterretningsvirksomhet.»

Bestemmelsen omhandler følgelig to hovedkategorier opplysninger som ikke har tilknytning til en konkret sak eller et aktuelt oppdrag. Første alternativ gjelder opplysninger om polititests operative virksomhet og organiseringen av den. Annet alternativ gjelder opplysninger som det ut fra hensynet til spanings- og etterretningsvirksomheten er nødvendig å holde hemmelig.

Taushetsplikten i politiloven § 24 er nærmere omtalt i Politirett, Auglend, Mæland og Røsandhaug, (2. utgave) side 372 flg. Spørsmålet om taushetsplikten omfatter informasjon av mer generell karakter behandles på side 373:

«Beskrivelsen av dette første alternativet i pl. § 24, 2. ledd avviker fra tilsvarende formulering i pi. § 5-5, som lovreguleringen er en videreføring av. Ifølge politiinstruksen omfattet denne delen av taushetspåbudet polititjenesten og dens organisering «i sin alminnelighet». I lovteksten er de siste ordene utelatt uten nærmere begrun-

nelse i forarbeidene. Dette, sammenholdt med at omtalen av anvendelsesområdet i motivene ikke er entydige på dette punkt, reiser tvil om taushetspåbudet gjelder for informasjon av mer generell karakter. Således kan bestemmelsen tolkes slik at kun konkrete planer avgrenset i tid eller knyttet til begrensede miljøer, objekter eller geografiske områder er omfattet. Mer generelle opplysninger om styrkeoppsetning, metoder og organisering vil da falle utenfor. Samlet sett kan imidlertid ikke denne snevre forståelsen legges til grunn. Lovutredningen forutsatte at det saklige virkefeltet her skulle være det samme. Reale hensyn taler også mot en slik innskrenkende tolking. Videre bygger avgjørelsen i Rt. 1997 s. 1170 på at denne type generelle opplysninger er omfattet.»

Politiloven § 24 annet ledd *annet alternativ* gjelder opplysninger om forhold som ennå er for usikre eller ufullstendige til å gi grunnlag for konkret mistanke og iverksetting av etterforskning i egentlig forstand. I all hovedsak vil det gjelde informasjon som innhentes og bearbeides i den informative og kartleggende etterretnings- og spaningsfasen, se Politirett, Auglend, Mæland og Røsandhaug, (2. utgave) side 372 flg. Det er på det rene at de aktuelle opplysningene i denne saken gjelder omfanget av politiets kommunikasjonskontroll, og at de følgelig ikke dekkes av politiloven § 24 annet ledd *annet alternativ*.

Politiloven § 24 annet ledd første punktum *første alternativ* omhandler to grupper opplysninger som ikke har tilknytning til noen konkret sak eller noe aktuelt oppdrag, se også her nevnte Politirett side 372 flg. Den første gruppen omfatter blant annet faktisk og konkret informasjon om operative metoder, taktiske direktiver, retningslinjer for planlegging, stående ordrer, etterforskningstaktikk, rutiner og opplysninger om selve tjenesteutførelsen i konkrete tilfeller. Den andre gruppen omfatter mer generelle opplysninger om politiets organisering og ressurser. Dette er opplysninger som alene eller koplet til annen informasjon kan blottlegge viktige operative sider ved enhetens virksomhet slik at aksjonspotensialet og slagkraft svekkes hvis de eksponeres for uvedkommende. De sladdete opplysningene i denne saken hører eventuelt inn under denne gruppen. Offentlighetens krav på opplysninger om politiets virksomhet må følgelig veies opp mot faren for at tjenstemessig uheldig sammenstilling og krysskobling av isolert sett ufarlig informasjon om omfanget av politiets kommunikasjonskontroll.

Justis- og politidepartementet har tatt opp med Riksadvokatembetet spørsmålet om innsyn i de sladdete opplysningene representerer en fare for at etterforskningen kan bli vanskeliggjort i aktuelle eller fremtidige saker. Det fremgår av departementets svar at denne vurderingen forutsetter oversikt over utfordringene i det aktuelle kriminalitetsbildet, kombinert med innsikt i metodebruk og bevisproblemene i løpende saker. Etter å ha konsultert Riksadvokatembetet, har departementet konkludert med at opp-

lysningene fortsatt ikke kan offentliggjøres. Justisdepartementet og Riksadvokatembetet har her en kunnskap og en oversikt som medfører at de har spesielle forutsetninger for å foreta begrunnede vurderinger i denne typen spørsmål. På denne bakgrunn finner jeg etter omstendighetene å kunne la saken bero med den redegjørelsen som er gitt og den vurderingen som er gjort.»

## 7.

### Innsyn i dokumenter i INFOFLYT

(Sak 2007/264)

*A ble nektet innsyn i dokumenter om ham i INFOFLYT - et system for informasjonsutveksling om enkelte innsatte mellom politi/påtalemyndighet og kriminalomsorgen. Nektelsen var først og fremst begrunnet med at det var utilrådelig å gi A innsyn i hvordan kriminalomsorgen innhentet og oppstilte informasjon om innsatte underlagt INFOFLYT.*

*Ombudsmannen mente at INFOFLYT-systemet ikke i seg selv innskrenket partens rett til innsyn. Begrunnelsen som var gitt for å nekte innsyn var generell til å forsvare en så vidtrekkende innsynsnekt som det var tale om. Den mangelfulle begrunnelsen etterlot tvil om det var foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av innsynsbegjæringen, knyttet opp mot de hensyn som gjorde seg gjeldende.*

Saken gjaldt krav om innsyn i dokumenter i INFOFLYT. INFOFLYT er et system for informasjonsutveksling mellom politi/påtalemyndighet og kriminalomsorgen for «informasjonsutveksling om særlig alvorlige saker og med særlig høy risiko», jf. rundskriv 2/2005 fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) punkt 1.

A, som var innsatt i Bergen fengsel, begjærte i brev 13. november 2006 innsyn i dokumenter og journaler om ham selv i INFOFLYT. Kriminalomsorgen Bergen fengsel besluttet å nekte innsyn. Beslutningen ble påklaget til Kriminalomsorgen region vest, som opprettholdt avslaget. Det ble vist til straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 7 bokstav c, som kriminalomsorgen med henvisning til uttalelser i rundskriv 2/2005 fra KSF, mente «i praksis kunne avskjære innsyn i de sakene som omfattes av INFOFLYT».

A klaget til ombudsmannen. Etter en gjennomgang av sakens dokumenter her, ba ombudsmannen i brev til Kriminalomsorgen region vest om regionens vurdering av om krav om innsyn i INFOFLYT-dokumenter alltid skal avslås, eller om det skal foretas en konkret vurdering ut fra dokumentenes innhold m.v.

Kriminalomsorgen region vest svarte at regionen tidligere hadde vært av den oppfatning at det i INFOFLYT-mappen bare var oppbevart dokumenter det i henhold til straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c ville være utilrådelig at den innsatte fikk kjennskap til, og at innsyn følgerlig gjennomgående skulle nektes. I forbindelse med brevet fra ombuds-

mannen hadde imidlertid regionen henvendt seg til KSF, og fått avklart at det skulle foretas en konkret vurdering av hvert enkelt dokument det ble begjært innsyn i, herunder om det skulle gis delvis innsyn. Hva gjaldt dokumenter kriminalomsorgen har mottatt fra eksterne aktører, for eksempel politiet, var regionen av den oppfatning at de eksterne aktører måtte forelegges innsynsspørsmålet. I lys av denne forståelsen av reglene, hadde Kriminalomsorgen region vest foretatt en ny gjennomgang av As INFOFLYT-mappe, men fant å måtte opprettholde avslaget på innsyn fullt ut. Det var særlig lagt vekt på at selv innsyn i opplysninger som det isolert sett ikke var utilrådelig å gi innsyn i, ville kunne gi innsatte kunnskap om hvilke opplysninger som registreres og hvordan disse ble registrert og sammenfattet.

Hva gjaldt dokumentene innhentet fra eksterne aktører, skrev regionen at vurderinger fra disse ville bli innhentet. Regionen ble senere bedt om å orientere ombudsmannen om utfallet av henvendelsene til de eksterne aktører, uten at anmodningen ble etterkommet.

Regionen ble bedt om en nærmere redegjørelse for innsynsnektelsen knyttet opp mot straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c, herunder en angivelse av hvilke opplysninger man var redd klageren vil kunne misbruke og konkret hvilke innhentesmetoder klageren kunne bli kjent med. Det ble stilt spørsmål om det kunne være grunn til å gi delvis innsyn, særlig med tanke på at A langt på vei må antas å kjenne hovedinnholdet i fengselets rapporter over brevveksling, besøk og telefonsamtaler. Det ble spurt om man hadde vurdert å gi innsyn på annen måte enn ved utlevering av dokumentet, for eksempel i en generell skriftlig fremstilling eller i et møte. Regionen ble bedt om å forelegge spørsmålene for KSF, slik at sakens prinsipielle sider kunne bli best mulig belyst.

Kriminalomsorgen region vest presiserte i sitt svar at INFOFLYT ikke i seg selv innsnevrer partenes innsynsrett. Den videre begrunnelsen fra regionen var imidlertid ikke knyttet opp mot de enkelte dokumenter i As INFOFLYT-mappe. Nektelsen var begrunnet med at As kunnskap om rutineene for innhenting av informasjon ville kunne true kriminalomsorgens organisatoriske trygghet. Det het i regionens svar at:

«Sjølvsagt om opplysningane i seg sjølv ikkje vil vere utilrådeleg å gje innsyn i, vil det kunne gå ut over den organisatoriske tryggleiken, som vert monaleg viktig for å kunne møte den meir organiserte kriminaliteten. Kriminalitetsbiletet i dag ber preg av tette nettverk med god informasjonsflyt. Det gjer det mogleg å hente informasjon frå ulike partar og setje dette saman til eit meir ein-skapeleg bilete. Opner ein for ein praksis med å gje ut fragment av dei kartleggjingsmetodane som Kriminalomsorgen sit med vil det kunne gje eit godt totaloversyn over den informasjonen som Kriminalomsorgen har som grunnlag for å gjere tryggleiksvurderingane.

---

Region vest [vurderar] kvart dokument for seg, men som nemnt må ein óg sjå hen til om slikt innsyn vil kunne vere utilrådeleg i eit noko større perspektiv.»

Regionen mente at A ikke tidligere hadde sett oppstillinger eller bearbeidinger av opplysninger innhentet i medhold av reglene for telefon- og brevkontroll.

Det var ikke funnet grunn til å gi delvis innsyn i bearbeidet form, fordi «det i så fall må gjerast så store redigeringar at det vil vere lite turvande for domfelte å få innsyn i det materialet som står att».

I et eget skriv til ombudsmannen uttalte KSF seg om de generelle sider av de spørsmål ombudsmannen hadde reist. KSF pekte i likhet med regionen på at opplysningene i INFOFLYT-dokumenter kunne gi innsatte innsikt i kriminalomsorgens arbeidsmetoder i forhold til hvordan og hva som kartlegges, herunder hvordan opplysningene sammenstilles. Videre kunne opplysningene avsløre hva kriminalomsorgen vet om de innsattes nettverk og hvilke fengselsbetjenter som følger opp den aktuelle innsatte.

I forhold til alternative former for innsyn, pekte KSF på at et mulig alternativ kunne være å gi innsyn for en partsrepresentant under forutsetning av at opplysningene ikke meddeles videre. Det heter i KSF rundskriv 2/2005 punkt 8 bokstav c at partsrepresentanten «ikke [har] en videre innsynsrett enn sin klient». KSF opplyste imidlertid at den er av den oppfatning at rundskrivet bør endres, slik at partsrepresentanten etter en konkret vurdering skal kunne gis innsyn selv om parten selv ikke har rett til innsyn. Det ble opplyst at rundskrivet ville bli korrigert på dette punktet i forbindelse med en nært forestående revisjon.

A har under saksforberedelsen for ombudsmannen pekt på at det er svært viktig for innsatte underlagt INFOFLYT-systemet at det gis innsyn. Informasjon lagret i INFOFLYT forhindrer progresjon i soningen, og har slik sett store konsekvenser for ham. Nektelse av innsyn ga dårlig rettssikkerhet for de innsatte, og avskar enhver mulighet for kontradiksjon. Dette ville igjen kunne gå ut over kvaliteten på den lagrede informasjonen, og A uttrykte bekymring for at hans INFOFLYT-mappe inneholdt materielt uriktig informasjon.

Han tilbakeviste at det skulle være problematisk å gi ham innsyn i hvordan opplysninger sammenstilles og i hvordan og hva som kartlegges. A hevdet at han «vet og har sett (...) hvordan notater og rapporter blir skrevet og hvordan informasjon hentes og samles av fengselsansatte». Han viste til at han har sett en konkret rapport ment for INFOFLYT skrevet av en fengselsbetjent. Notatet inneholder i følge A faktafeil og overdriver hans befatning med den aktuelle saken.

Det ble videre vist til at han allerede har kjennskap til mye av informasjonen i mappen. A skrev blant annet:

«Jeg vet hva jeg har skrevet i brevene og jeg vet hva slags opplysninger andre har skrevet til meg. Jeg vet hvilke tlf samtaler jeg har hatt og hva vi har diskutert. Jeg vet hvem jeg omgås med og vet hvem jeg har kontakt med ute eller inne. Jeg vet også hvem jeg har hatt besøk av og hva vi har pratet om. Det kan ikke være vanskelig å la meg få innsyn i disse dokumentene(...)?»

Endelig viste A til at det av hensyn til hans rehabilitering og soningsprogresjon var viktig for ham å få beskjed dersom han omgikk mennesker kriminalomsorgen mente han ikke burde omgås.

Kriminalomsorgen region vest stilte seg uforstående til grunnlaget for at A hadde fått utlevert notatet som var ment for INFOFLYT, og at man ville «forfølge saken videre i forhold til på hvilket grunnlag A har kommet i besittelse av disse dokumentene».

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 7 at forvaltningslovens regler om partsinnsyn kommer til anvendelse. A har dermed som hovedregel rett til å gjøre seg kjent med dokumenter som ligger til grunn for ulike vedtak i forbindelse med soningen, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 første ledd første punktum. Det følger imidlertid at straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c at følgende unntak fra forvaltningsloven gjelder:

«En part har ikke krav på innsyn i et dokument som inneholder opplysninger som det av hensyn til en annen person må anses utilrådelig at parten får kjennskap til. Parten har heller ikke krav på å gjøre seg kjent med opplysninger i et dokument dersom innsyn er utilrådelig på grunn av sikkerhetsmessige hensyn, eller av hensyn til etterforskning av straffbare forhold.»

Som både Kriminalomsorgen region vest og KSF påpeker, skal hver innsynsbegjæring avgjøres konkret ut fra dokumentenes innhold. INFOFLYT-systemet innsnevrer ikke i seg selv partens innsynsrett.

I KSF rundskriv 2/2005 punkt 8 bokstav b, som omhandler straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c, heter det:

«Denne hjemmelen vil i praksis kunne avskjære innsyn i de sakene som omfattes av INFOFLYT for innsatte og andre personer som måtte være omtalt i opplysningene (f.eks. besøkende, brev- og telefonpartnere).»

Det er ikke rettslig grunnlag for i rundskrifts form å beslutte at innsyn generelt ikke skal gis i INFOFLYT-dokumenter, og passusen må leses på bakgrunn av utgangspunktet om at hvert dokument skal være gjenstand for en konkret vurdering. Jeg er tvilende til om ordlyden i rundskrivet på dette punktet er egnet til å øke leserens regelforståelse. Det skal

foretas en reell vurdering, og det faktum at et dokument er omfattet av INFOFLYT er ikke i seg selv et relevant argument for å nekte innsyn.

Hvert enkelt dokument skal vurderes særskilt og kriminalomsorgen må gjøre seg opp en mening om det er noe i dokumentet som gjør at «sikkerhetsmessige hensyn» trues ved den innsattes innsyn. Ved vurderingen bør det etter mitt skjønn legges vekt på at INFOFLYT er en særordning for en gruppe innsatte, og at det overvåkningsregimet de er underlagt er svært inngripende. Informasjon lagret i INFOFLYT synes dessuten å kunne ha relativt omfattende konsekvenser for den enkeltes soningsprogresjon, og muligheten for kontradiktorisk behandling av informasjon er dermed av stor betydning for den innsatte. Særlig dersom det er registrert rene faktiske opplysninger som kan ha betydning for prøveløslatelse eller andre former for soningsprogresjon, vil det være tungtveiende grunner som taler for å gi innsyn. Kontradiksjon vil normalt også bidra til å sikre kvaliteten på den lagrede informasjonen, og slik sett i seg selv være et gode.

Kriminalomsorgen region vest har lagt betydelig vekt på «organisatorisk tryggleik». Dette er et legitimt hensyn, og det er i tråd med straffegjennomføringsloven å tillegge det vekt. Jeg har heller ikke noe å innvende mot at kriminalomsorgen ser innsynsspørsmålet for det enkelte dokument i et større perspektiv, og at det tas hensyn til behovet for å skjermes visse innhentings- og oppstillingsmetoder.

Kriminalomsorgens begrunnelser hit bærer imidlertid preg av å være svært generelle, og det er ikke på noe tidspunkt under saksforberedelsen for ombudsmannen konkretisert *hvilke* innhentings- og oppstillingsmetoder man er redd for at klageren skal få kunnskap om, til tross for at det eksplisitt er blitt spurt om det. Det er heller ikke redegjort for hvordan klageren eventuelt kan misbruke disse.

Regionen skriver helt generelt at det ikke kan åpnes for å «gi ut fragment av dei kartleggingsmetodane som Kriminalomsorgen sit med» til innsatte under INFOFLYT. Dersom dette er uttrykk for regionens regelforståelse, er det vanskelig å se at det er noen realitet i den konkrete vurderingen som foretas. Særlig gjelder dette når så vel regionen som KSF opplyser at de domfelte antakelig er kjent med innhentingsmetoder som brev- og telefonkontroll, etter som dette er kontrollformer som følger direkte av straffegjennomføringsloven.

Samtlige dokumenter har vært tilgjengelig ved gjennomgangen av saken her, og det har således vært mulig for meg å foreta en selvstendig og uavhengig kontroll av Kriminalomsorgen region vests vurderinger knyttet til spørsmålet om innsyn.

Jeg har ikke myndighet til å omgjøre regionens vedtak, og må derfor være forsiktig med å gå konkret inn på innholdet i dokumentene. Det er også av betydning at ombudsmannen er tilbakeholden med å overprøve det skjønnet som kriminalomsorgen utøver i forbindelse med sikkerhetsvurderinger.

Mitt inntrykk etter en gjennomgang av mappen, er imidlertid at det for flere dokumenters vedkommende er vanskelig å se at det finnes noen god begrunnelse for å unnta dem fra partsinnsyn. Det kan imidlertid foreligge relevante hensyn jeg ikke kan overskue eller ikke har forutsetninger for å vurdere. Jeg nøyer meg derfor med å konstatere at den *begrunnelsen* Kriminalomsorgen region vest har gitt for å nekte innsyn i forbindelse med ombudsmannsaken, er utilstrekkelig til å forsvare en så vidtrekende innsynsnekt som det er tale om i den foreliggende saken. Den mangelfulle begrunnelsen overfor ombudsmannen etterlater tvil om det er foretatt en tilstrekkelig konkret og kritisk vurdering av As INFOFLYT-mappe i forbindelse med hans innsynsbeğjering, og om kriminalomsorgen i tilstrekkelig grad har vurdert de hensyn som taler for innsyn.

I denne forbindelse er det grunn til å peke på at A hevder å ha kjennskap til hvordan opplysningene sammenstilles, blant annet fordi han tidligere skal ha sett notater ment for INFOFLYT. Innsynsspørsmålet for innsatte under INFOFLYT er som nevnt av stor betydning for den som overvåkes. Kriminalomsorgen region vest har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og det må i lys av den begrunnelse regionen har gitt for innsynsnektelsen, i det minste kunne forventes at regionen bringer på det rene hva slags informasjon A allerede sitter med.

Det synes heller ikke å ha vært vurdert om A eventuelt kan gis innsyn gjennom en partsrepresentant mot løfte om taushet. Jeg anser at KSF rundskriv 2/2005 punkt 8 bokstav c 1) om prosessfullmektigens innsynsrett må sees i sammenheng med Kriminalomsorgens veiledning om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og straffegjennomføringsloven § 7 punkt 3.8, slik at det for INFOFLYT-dokumenter kan tenkes at As prosessfullmektig bør gis innsyn mot løfte om taushet overfor klienten om dokumentenes innhold. Dette synes for så vidt å være i samsvar med KSFs forståelse av reglene. Kriminalomsorgen region vest har plikt til å veilede A slik at han blir i stand til å vareta sine rettigheter på best mulig måte, jf. forvaltningsloven § 11, og må dersom det er bedre muligheter for innsyn gjennom en partsrepresentant enn for ham personlig, orientere ham om den muligheten. Tilsvarende gjelder dersom innsyn etter andre lovhjemler, eksempelvis personopplysningsloven 14. april 2000 nr. 31 § 18, gir bedre rett til innsyn enn forvaltningsloven.

Kriminalomsorgen region vest anmodes derfor om å behandle As innsynsbeğjering på nytt. Etter det som er sagt ovenfor om INFOFLYT-systemets karakter og betydning for de innsatte, må det kreves at det foreligger en reell fare for skade på konkrete sikkerhetsinteresser for at innsyn skal nektes. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den nye vurderingen. Kriminalomsorgen region vest bes i den forbindelse også om å orientere om utfallet av innsynsvurderingen for så vidt gjelder informasjon fra eksterne aktører, jf. nest siste avsnitt i regionens



brev 29. mars 2007. I den grad regionen finner å kunne opprettholde innsynsnektelsen fullt ut, imøtser jeg en mer konkret begrunnelse for dette enn det som er blitt gitt i saksforberedelsen her. Jeg minner i den forbindelse om at kriminalomsorgen, dersom det er nødvendig for å gi en fyllestgjørende begrunnelse, kan be om at korrespondanse hit ikke blir forelagt klageren. Disse delene av begrunnelsen må i tilfelle avmerkes tydelig.

Jeg vil også knytte en kommentar til Kriminalomsorgen region vests svar på mitt spørsmål om alternative former for innsyn, for eksempel muntlig i et møte. Regionen skrev at den ikke ville gi delvis innsyn i bearbejdet form fordi «det i så fall må gjerast så store redigeringar at det vil vere lite turvande for domfelte å få innsyn i det materialet som står att». Selv om regionen etter en fornyet vurdering skulle stå fast ved at innsyn ikke skal gis på ordinært vis, kan jeg ikke se at kriminalomsorgen har grunnlag for å vurdere hva domfelte har behov for innsyn i eller ikke. I den grad kriminalomsorgen finner at det er informasjon i INFOFLYT-mappen som ikke kan unntas partsinnsyn, har den som utgangspunkt plikt til å gi A tilgang til det uavhengig av hva den tror han har behov for.

KSF har bebudet en revisjon av rundskriv 2/2005 med hensyn til prosessfullmektigers innsynsrett. Som nevnt er jeg også av den oppfatning at rundskrivets ordlyd i punkt 8 b) ikke er tilfredsstillende. Det bør etter mitt syn fremgå klarere at en begjæring om innsyn må undergis en konkret vurdering. KSF bør foreta nødvendige endringer av rundskrivet også på dette punktet. Jeg ber KSF om å oversende rundskriv 2/2005 etter den bebudede revisjonen.»

## 8.

### **Innsyn i sammenlignende studier om legemidler mot osteoporose**

(Sak 2006/1363)

*En begjæring om innsyn i sammenlignende studier om osteoporoselegemidler ble avslått av Helse- og omsorgsdepartementet under henvisning til at de inneholdt taushetsbelagte forretningshemmeligheter. Overfor ombudsmannen viste departementet også til hensynet til ensartet innsynspraksis i EU/EØS-området.*

*Ombudsmannen fant det tvilsomt om de direkte sammenligningene av preparatenes virkning og bivirkninger er beskyttet av reglene om taushetsplikt for forretningshemmeligheter. Videre fremsto departementets vurdering av om innsyn kunne gis ut fra sterke samfunnsmessige hensyn som mangelfull. Det samme gjaldt avveiningen av hensynet til samarbeidet i EU/EØS på legemiddelområdet og hensyn som taler for offentliggjøring, for eksempel pasienter og legers behov for informasjon. Departementet ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt. Helse- og omsorgsdepartementet traff etter dette nytt ved-*

*tak i saken, der det fremgikk at det ble gitt innsyn i de konkrete sammenligningene av legemidlene.*

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) avslo begjæring fra en professor dr. med. om innsyn i bioekvivalensstudier om osteoporoselegemiddelet Fosamax og likeverdige (generiske) legemidler med virkestoffet alendronate. En slik studie sammenligner det originale legemiddelet med det generiske, «kopi-preparatet». Studien skal grovt sagt vise om midlene virker likt eller ulikt, og i så fall hvordan. Avslaget var begrunnet med at studiene inneholder taushetsbelagte forretningshemmeligheter etter legemiddeloven 4. desember 1992 nr. 132 § 30, og HOD fant ikke at «sterke samfunnsmessige hensyn» talte for å gjøre unntak fra taushetsplikten, jf. bestemmelsens fjerde punktum.

Norsk Osteoporoseforening fremholdt i klage til ombudsmannen at det av hensyn til benskjørhetpasientene er nødvendig å få innsyn i sammenligninger av virkning og mulighet for bivirkninger for original- og kopipreparater.

HOD ble bedt om å begrunne avslaget på innsynsbejæringen nærmere. Ombudsmannen tok også opp at avslaget delvis så ut til å være begrunnet i at helsemyndighetene ville avvente EUs standpunkt med hensyn til hvordan opplysninger og resultater fra studiene eventuelt skal offentliggjøres.

HOD svarte at grunnlaget for markedsføringstilatelseter, herunder bioekvivalensstudier, er forretningshemmeligheter etter § 30 fordi dokumentene inneholder «oppskriften» på legemidlene. Videre vil hel eller delvis offentliggjøring medføre fare for at studiene feiltolkes, og studiene er så kompliserte at feiltolking er vanskelig å etterprøve. Dette kan ha stor negativ økonomisk effekt for det aktuelle firmaet i det svært sensitive legemiddelmarkedet. Helsemyndighetene er derfor ekstra forsiktige med å gi ut opplysninger. Om å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger ut fra sterke samfunnsmessige hensyn, jf. § 30 fjerde punktum, uttalte departementet bl.a.:

«I saker som dette har fagfolk med særskilt kompetanse på området, i denne saken fra mer enn 20 legemiddelmyndigheter i EØS-området, gått gjennom dokumentasjonen og godkjent legemidlene som likeverdige. På denne måten ivaretar myndighetene pasientenes behov for trygghet, samtidig som det ikke er nødvendig å røpe legemiddelfirmaenes forretningshemmeligheter. Vi mener derfor at det ikke foreligger samfunnsmessige hensyn som taler for å gjøre unntak fra taushetsplikten her.»

HOD viste videre til at det europeiske legemiddelkontoret, The European Medicines Agency (EMA), som er godkjenningmyndighet for legemidler som søkes godkjent i såkalt sentral prosedyre, anser all dokumentasjon fra søker som forretningshemmeligheter. Da legemidlene som er generisk ekvivalente med Fosamax ble godkjent, var det heller ikke krav om utredningsrapport etter Europapar-

laments- og rådsdirektiv 2001/83/EF om innføring av et fellesskapsregelverk for legemidler for mennesker. Om forholdet til EU viste HOD til at Justisdepartementets lovavdeling i uttalelse 25. februar 2002 antok at dokumenter som Statens legemiddelverk mottar fra EMEA, og som fra EMEAs side er stemplet fortrolig, kan unntas fra offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 6 første ledd. Etter departementets syn burde derfor Statens legemiddelverk ha henvist til denne bestemmelsen og Lovavdelingens uttalelse da det avslo innsynsbejæringen med den begrunnelse at det ønsket å avvente EUs argumentasjon og standpunkt til det aktuelle spørsmålet.

Ut fra dette ba ombudsmannen om en nærmere redegjørelse for hvordan offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 kommer til anvendelse på bioekvivalensstudiene, og for departementets meroffentlighetsvurdering etter bestemmelsen.

Departementet svarte at det kan skape problemer for samarbeidet i EU/EØS på legemiddelområdet dersom landene praktiserer innsynsspørsmål ulikt. Om Norge til forskjell fra EMEA og flere EU/EØS-land gir innsyn i bioekvivalensstudier, kan det også føre til at produsenter av generiske legemidler ikke søker godkjenning i Norge. Dette er bl.a. uheldig for pasientene, som får dårligere utvalg og høyere priser. Hensynet til EU/EØS-samarbeidet var også grunnen til at departementet ikke kunne utvise meroffentlighet.

Norsk Osteoporoseforening hadde fremholdt at informasjon om kopiering av originalpreparat ikke kan være forretningshemmeligheter, ei heller sammenligning av to likeverdige preparater. Videre skrev foreningen at mulighet for feiltolking også er til stede hos legemiddelmyndighetene. Vedlagt brevet fulgte et e-brev fra dr. med. Johan Halse hvor det bl.a. het:

«Det som er av interesse for Osteoporoseforeningen (som representant for osteoporosepasienter) er om lik mengde alendronate (som virkesubstans) tas opp fra tarmen, fordeles i kroppen og skilles ut ved sammenligning mellom generika og originalpreparat. Det er vanskelig å forstå at dette skulle være en produksjonshemmelighet - og derved en forretningshemmelighet hjemlet i legemiddelovens § 30.»

Ombudsmannen ba HOD om å kommentere denne merknaden, og om å opplyse om det var vurdert å gi delvis innsyn.

I svarbrevet skrev departementet bl.a. at deler av firmaenes søknadsdokumentasjon utvilsomt er forretningshemmeligheter, for eksempel «kvalitetsdelen». Det kan imidlertid stilles spørsmål om den kliniske delen, herunder bioekvivalensstudiene, er forretningshemmeligheter. Departementet viste deretter igjen til at det hadde lagt stor vekt på innsynspraksis i EU/EØS.

Etter telefonisk forespørsel fra mitt kontor av-

klarte HOD i e-brev at søknadsdokumentasjon for generiske legemidler, herunder bioekvivalensstudier, sendes direkte fra produsent til Statens legemiddelverk, og ikke via EMEA.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

#### «1. Taushetsplikt

Hovedregelen er at forvaltningens saksdokumenter «er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», jf. offentlighetsloven § 2 første ledd. Unntak er gjort i § 5 a første ledd for opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov. Legemiddeloven § 30 første punktum lyder:

«Enhver som i medhold av stilling eller verv etter loven får kjennskap til drifts- eller forretningshemmelighet skal med de begrensninger som følger av hans gjøremål etter loven, tie med det han slik får vite.»

Som HOD legger ombudsmannen, med henvisning til uttalelse 25. februar 2002 fra Justisdepartementets lovavdeling, til grunn at bestemmelsen bør tolkes i samsvar med forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 om taushetsplikt for næringsopplysninger. Helsemyndighetenes taushetsplikt gjelder derfor «drifts- eller forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår», jf. § 13 første ledd nr. 2. Det vil si at i den grad bioekvivalensstudiene inneholder ikke alminnelig kjente opplysninger om produksjonsmetoder m.v. hvis offentliggjøring kan føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for produsenten av generiske legemidler, vil det normalt gjelde taushetsplikt for disse opplysningene. Dette kan også gjelde selv om det ikke dreier seg om nyutvikling, slik som for Fosamax. Jeg viser til det dr. med. Halse skriver om hvordan produsenten «slår» sin generikatablett. Denne informasjonen kan tenkes utnyttet av konkurrenter. Det er imidlertid ikke dette osteoporoseforeningen først og fremst søker kunnskap om.

Osteoporoseforeningens hovedansvar er å gjøre seg kjent med hvordan generiske preparater virker i forhold til originalpreparatet, herunder likheter og ulikheter med hensyn til bivirkninger. Jeg kan se at det også kan ha konkurransemessig betydning for produsenten av generiske preparater å hemmeligholde slike opplysninger, men her er man ikke lenger i kjerneområdet for taushetsplikten. Konkurrenter kan ikke utnytte sammenlignende opplysninger om biotilgjengelighet m.v. på samme måte som «oppskriften» på legemiddelet eller lignende. Jeg viser til saken referert i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 55 (Somb-2003-4) om innsyn i opplysninger om bivirkninger av legemidler, hvor jeg uttalte at formålet med taushetsplikten er «å hindre konkurrerende legemiddelprodusenter i å kunne utnytte

på en rettsstridig illojal måte slike opplysninger» (s. 56). Om andre produsenter bruker studieresultatene til å argumentere for at et generisk osteoporosepreparat ikke har like god effekt som deres eget preparat eller originalpreparatet, kan det vanskelig sies å være utnyttning på en rettsstridig illojal måte.

Det følger av dette at eventuelt reduserte salgstall i kjølvannet av et offentlig ordskifte om virkninger og bivirkninger er en indirekte følge som er lite beskyttelsesverdig i henhold til reglene om taushetsplikt, selv om konkurrenter kan tenkes å delta i den offentlige debatten med en egen agenda.

Dette har også en side mot de allmenne hensyn som taler for offentlighet. Som påpekt av dr. med. Halse, er det av interesse for Norsk Osteoporoseforening og pasientene om generika har samme virkning som originalpreparatet. Også legene som skriver ut resepter har behov for mest mulig informasjon for å kunne gi best mulig behandling, herunder vurdere reservasjon mot bytte fra originalpreparat til likeverdig preparat etter forskrift 18. april 1997 nr. 330 om stønad til dekning av utgifter til viktige legemidler og spesielt medisinsk utstyr (blåreseptforskriften) § 7 nr. 1. I saken referert i ombudsmannens årsmelding for 2000 s. 82 (Somb-2000-12) stilte jeg ut fra bl.a. slike hensyn «spørsmål ved om påviste/dokumenterbare bivirkninger av et legemiddel som det er gitt markedsføringstillatelse for, kan betegnes som en «drifts- eller forretningshemmelighet « i lovens forstand».

Jeg kan ikke se at departementet i særlig grad har sett hen til slike hensyn i dets vurderinger. Det er ikke tilstrekkelig å vise til at fagfolk i mer enn 20 legemiddelmyndigheter i EØS-området har godkjent legemidlene som likeverdige.

Det er heller ikke et argument for hemmelighold at studienes ekvivalensresultater lett kan feiltolkes. Eventuell kompleksitet i studiene og deres resultater er heller et argument for at de blir gjenstand for debatt i bredest mulig lag, herunder i fagmiljø og blant pasienter. Om slik debatt kan virke negativt inn på salgstall m.v., er underordnet, jf. ovenfor.

Jeg viser også til det dr. med. Halse skriver om at opptaks-, fordelings- og eksekresjonsstudier normalt publiseres ved lansering av nye medikamenter (nye virkestoffer), og at det er vanskelig å se at det skal være mer hemmelighold ved utprøving av generiske preparater.

Samlet gjør dette at det knytter seg tvil til HODs vurdering av om hele eller deler av studiene er undergitt taushetsplikt eller ikke. Jeg vil derfor be helsemyndighetene om å vurdere på nytt spørsmålet om helt eller delvis hemmelighold ut fra reglene om taushetsplikt. Departementet har selv i brev hit stilt spørsmål om den kliniske delen av søknadsdokumentasjonen, herunder bioekvivalensstudiene, er forretningshemmeligheter.

## 2. Legemiddeloven § 30 fjerde punktum

Etter legemiddeloven § 30 fjerde punktum kan HOD samtykke i unntak fra taushetsplikt etter bestemmelsen «når sterke samfunnsmessige hensyn taler for at opplysningene gis». Dispensasjonsbestemmelsen ble etter forslag fra Helsedirektoratet innført ved lov 16. mai 1986 nr. 21 om endringer i bestemmelser i særlovgivningen om taushetsplikt. Direktoratet er i høringsnotatet 1. desember 1980 i liten grad inne på hva som ligger i «sterke samfunnsmessige hensyn», og Justisdepartementet uttaler på s. 59 - 60 i Ot.prp. nr. 2 (1985-86) kun at HOD bør kunne nytte forvaltningsloven som rettesnor i dispensasjonspraksisen. Det synes imidlertid klart at offentlighetens behov for kunnskap om medisiners virkninger og bivirkninger vil kunne være et samfunnsmessig hensyn som i konkrete tilfeller kan tenkes å veie tyngre enn taushetsplikten.

Jeg kan ikke se at departementet på spørsmål herfra om vurderingen etter legemiddeloven § 30 fjerde punktum viser til annet enn at godkjenningmyndighetene i EØS-området ivaretar pasientenes behov for trygghet. Heller ikke av klagevedtaket eller legemiddelverkets vurderinger fremgår det om hensynet til hemmelighold er vurdert direkte opp mot pasientenes behov for innsyn i resultatene for de legemidlene de bruker. Som det fremgår ovenfor, er det ikke tilstrekkelig å vise til at myndighetene har gjort vurderingen for brukerne.

Dette gjør at det er tvil om HOD har sett hen til alle relevante hensyn i vurderingen etter § 30 fjerde punktum, og jeg vil be departementet om å foreta denne vurderingen på nytt dersom det fastholder at hele eller deler av studiene inneholder taushetsbelagte opplysninger. Jeg understreker imidlertid at jeg ut fra ordlyden og lovtilblivelsen legger til grunn at ombudsmannen bør være forsiktig med å uttale seg om HODs beslutning etter § 30 fjerde punktum om å gjøre unntak eller ikke. Ombudsmannens kontroll vil normalt begrense seg til å se til at relevante momenter er vektlagt, jf. ovenfor, og til at ikke vurderingen fremstår som vilkårlig eller urimelig.

## 3. Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1

Etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 har departementet adgang til å unnta fra offentlighet dokumenter som inneholder opplysninger som om de ble kjent, kunne skade forholdet til internasjonale organisasjoner. Opplysningenes innhold kan altså begrunne hemmelighold av hele dokumentet selv om ikke alle opplysningene omfattes av bestemmelsen. Det må imidlertid alltid vurderes om det er et reelt og saklig behov for å nekte innsyn i dokumentet.

Det synes klart at EMEA, som hører inn under EU, er en organisasjon som omfattes av bestemmelsen.

Ombudsmannen legger til grunn HODs opplysning om at EMEA og legemiddelmyndighetene i

mange EU/EØS-land ikke gir innsyn i bioekvivalensstudier. Det kan således sies å foreligge en kytyme i EU/EØS-området for å nekte innsyn i slike studier. Dette *kan* begrunne avslag på begjæringen fra Norsk Osteoporoseforening i medhold av offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1, se Justisdepartementets Veileder i offentlighetsloven, 2003, s. 74.

Det er imidlertid lite treffende når departementet skriver at «dokumenter som Statens legemiddelverk mottar fra EMEA, og som fra EMEAs side er stemplet fortrolig, kan unntas fra offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 6 første ledd». Jeg viser til at søknadsdokumentasjon for generiske legemidler, herunder bioekvivalensstudier, sendes direkte fra produsent til Statens legemiddelverk, og ikke via EMEA. Bioekvivalensstudiene er altså ikke dokumenter mottatt fra EMEA. Derimot kan praksis i EMEA-området begrunne avslag etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1, jf. ovenfor, slik departementet er inne på.

Videre *kan* det begrunne avslag på grunnlag av bestemmelsen at innsyn vil kunne skade Norges forhold til EMEA og derigjennom stater tilsluttet den sentrale godkjenningmyndigheten. HOD viser her til behovet for harmoniserte regler på området, og til at Norge kan bli mindre viktig som referanseland i eksempelvis gjensidige anerkjennelsesprosedyrer fordi produsenter av generiske legemidler vil kunne la være å søke godkjenning i Norge om det her gis innsyn i bioekvivalensstudier. Dette fremstår som relevante momenter, § 6 første ledd nr. 1 kan begrunne hemmelighold hvis det er nødvendig for å sikre Norges generelle tillitsforhold til fremmede stater eller internasjonale organisasjoner, se ombudsmannens årsmelding for 1997 s. 106 (Somb-1997-24).

Disse hensynene må imidlertid veies opp mot hensyn som taler for offentliggjøring, for eksempel pasienter og legers behov for informasjon, og verdien av fri meningsbryting i det offentlige rom om de ulike legemidlenes virkning, jf. det som er sagt under pkt. 1. Denne saken illustrerer at en informert debatt i tidsskrifter som Osteoporose og andre steder vanskelig gjøres når viktig grunnlag for diskusjonen holdes hemmelig.

Jeg kan ikke se at HOD i særlig grad har sett hen til slike hensyn ved avslaget eller i korrespondansen med mitt kontor. Det er derfor uklart om alle relevante momenter har inngått i departementets meroffentlighetsvurdering etter § 6 første ledd nr. 1, jf. § 2 tredje ledd, og departementet bes om å foreta en ny vurdering av også dette spørsmålet.

#### 4. Oppsummering

Jeg finner etter dette at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd fjerde punktum. Ombudsmannen anmoder derfor HOD om å vurdere avslaget på begjæringen om innsyn på

nytt. Jeg imøteser nye vurderinger etter taushetspliktbestemmelsene, legemiddeloven § 30 fjerde punktum og offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1. Det legges til grunn at HODs nye behandling av saken skjer i lys av mine synspunkter ovenfor.

Departementet bes særlig vurdere om det er grunnlag for å gi *delvis* innsyn, konkret om de direkte sammenligningene av legemidlene kan gjøres kjent, jf. dr. med. Halses merknad. Om innsyn i kun konklusjoner, sammendrag eller lignende etter HODs syn vil gi et «et åpenbart misvisende bilde av innholdet», jf. offentlighetsloven § 5 a annet ledd, er det ofte en riktigere rettslig tilnærming å gi innsyn i mer enn i mindre ut fra hensynene bak reglene om offentlighet.

Ombudsmannen forstår videre HOD slik at departementet vil søke å bidra til en raskest mulig avklaring av praksis i EMEA.»

Helse- og omsorgsdepartementet traff etter dette nytt vedtak i saken, der det fremgikk at det ble gitt innsyn i de konkrete sammenligningene av legemidlene.

## 9.

### Innsyn i dokumenter om prosjekteringen og byggingen av Hanekleivtunnelen

(Sak 2007/345)

*Vegmyndighetene begrunnet et avslag på begjæring om innsyn fra avisa Verdens Gang (VG) i dokumenter om prosjektering og bygging av Hanekleivtunnelen på E 18 i Vestfold med at begjæringen ikke gjaldt en bestemt sak, og at dokumentene var mange og med ulikt og komplekst innhold. Det ble også vist til at innsyn ville virke forstyrrende for gruppen som da undersøkte raset i tunnelen 25. desember 2006.*

*VGs innsynbegjæring var tilstrekkelig presis til at individualiseringskravet i offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum var oppfylt. At gjennomgang av dokumentene ville vært arbeidskrevende, synes i første rekke å skyldes at de var oppbevart nokså usystematisk i permer og kasser på en måte som synes lite forenlig med hensynene bak arkiv- og offentlighetslovgivningen. Dersom vegmyndighetene hadde hatt bedre oversikt over dokumentene på forhånd, ville det trolig vært mulig å finne en løsning hvor pressen kunne se gjennom dokumenter samtidig som undersøkelsesgruppen arbeidet. Etter at ombudsmannen ba vegmyndighetene om å foreta den konkrete innsynsvurderingen, ga Statens vegvesen VG innsyn i alle dokumentene bortsett fra anbudsdokumenter inneholdende enhetspriser og forretningsopplysninger.*

Etter at det gikk et ras i Hanekleivtunnelen på E 18 i Vestfold 25. desember 2006, begjærte Verdens Gang innsyn i «deler av prosjektarkivet knyttet til Hanekleivtunnelen». Statens vegvesen av slo begjæ-

ringen, og Samferdselsdepartementet opprettholdt avslaget. Departementet viste til at dokumentene var «av meget stort omfang og med et komplekst innhold», og til at rapporten fra gruppen som undersøkte raset ville foreligge om kort tid. Undersøkelsergruppens rapport, som skulle offentliggjøres, ville vise til «sentrale dokumenter».

Undersøkelsergruppens rapport forelå 15. februar 2007. Samme dag ble det gitt innsyn i dokumenter tilknyttet rapporten.

Norsk Presseforbund etterlyste i klagen til ombudsmannen lovgrunnlaget for avslaget på VGs begjæring, og anførte bl.a. at den ikke kunne avvises med henvisning til pågående granskningsarbeid. Til vegvesenets avslag fremholdt presseforbundet at begjæringen var tilstrekkelig presis.

Samferdselsdepartementet ble herfra bedt om å angi lovgrunnlaget for avslaget. Videre ble det spurt om det var departementets syn at VG ikke hadde bedt om innsyn i «en bestemt sak», jf. offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum, og om en utdyping av begrunnelsen for avslaget. Forholdet til undersøkelsergruppens arbeid ble bedt kommentert.

Departementet viste til at Vegdirektoratet hadde kommet til at individualiseringskravet i offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum ikke var oppfylt samt til § 5 første ledd og § 5 annet ledd bokstav b. Ettersom det trolig ville tatt flere dager å finne frem til relevante dokumenter, og dokumentene var av høyst ulik karakter, hadde departementet, «etter en helhetsvurdering», kommet til at «det ikke kunne forsvares å imøtekomme klagen». Til illustrasjon ble det vist til bilder av dokumentene, herunder de viktigste dokumentene for undersøkelsergruppen, kontraktsdokumenter (15-20 ringerpermer) og hele E 18 Nord-arkivet (14 arkivbokser). Delvis innsyn «ville neppe gitt et korrekt og helhetlig bilde». Om forholdet til undersøkelsergruppens arbeid skrev departementet:

«Departementet er av den formening at innsyn ville blitt forstyrrende for undersøkelsergruppens arbeid. Dokumenter stilt til rådighet for gruppen, hadde man måttet kopiere. Gruppen hadde som nevnt kort tid til rådighet.»

Norsk Presseforbund kunne ikke se at departementet selv hadde tatt stilling til om individualiseringskravet var oppfylt, og imøtegikk bl.a. at avslag på begjæring om innsyn kan begrunnes med kapasitetshensyn og henvisning til dokumentenes høyst ulike karakter.

Samferdselsdepartementet presiserte at det ikke anså individualiseringskravet for oppfylt. Det ble med henvisning til Arvid Frihagen, Offentlighetsloven, bind I, fremholdt at kravet til individualisering må sees i sammenheng med arbeidet med å finne frem dokumentene, som i denne saken ville være omfattende. I vedlagt brev fra Vegdirektoratet til Samferdselsdepartementet ble det bl.a. vist til unn-

taksbestemmelser for anbudsdokumenter og taushetspliktige drifts- og forretningsforhold, og til offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 bokstav a.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Lovgrunnlaget for avslaget

Ved avslag på begjæring om dokumentinnsyn må lovgrunnlaget for avslaget fremgå av vedtaket, jf. offentlighetsloven § 9 annet ledd. I svarbrev hit ser Samferdselsdepartementet «i ettertid at begrunnelsen for avslaget med henvisning til de ulike lov-hjemler burde ha gått tydelig fram av vårt vedtak». Jeg er enig i dette. Det må likevel nevnes at det i klagevedtaket henvises til vegvesenets vurderinger, hvor det er vist til bestemmelsene i § 2 annet ledd første punktum, § 5 første ledd og § 5 annet ledd bokstav b.

#### 2. Individualisering

Etter offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum må en begjæring om dokumentinnsyn gjelde «en bestemt sak» - det såkalte individualiseringskravet. Hovedhensynet bak bestemmelsen er at forvaltningen på grunnlag av innsynsbegjæringen skal kunne identifisere den aktuelle saken uten for mye arbeid.

Saken i dette tilfellet er prosjekteringen og byggingen av Hanekleivtunnelen på E 18 i Vestfold. VGs innsynsbegjæring gjaldt «deler av prosjektarkivet knyttet til Hanekleivtunnelen», primært «dokumenter som omhandler vurderinger knyttet til sikkerheten og fare for ras, samt dokumenter som berører fjellets beskaffenhet der tunnelen ble bygget». Det ble bedt om innsyn i «dokumenter utarbeidet forut for og under bygging av tunnelen». Med dette anga VG den konkrete saken så vidt presist at individualiseringskravet i § 2 annet ledd første punktum måtte anses oppfylt. Under behandlingen av innsynskravet og ombudsmannsbehandlingen synes da også vegmyndighetene å ha funnet nokså raskt frem til de aktuelle dokumentene.

Det kan normalt ikke kreves at de enkelte dokumenter individualiseres, slik Vegdirektoratet synes å legge til grunn i sitt avslag:

«Som kjent gjelder det et krav om individualisering av de dokumenter som etterspørres.»

Ut fra Samferdselsdepartementets svar hit kan det se ut til at dette også er departementets syn. Jeg presiserer derfor at kravet er at den konkrete saken skal kunne finnes uten for mye arbeid, slik også Arvid Frihagen, Offentlighetsloven, bind I, 3. utgave s. 148. Det er for øvrig vanskelig å se at VG kunne angitt særlig mer presist hvilke dokumenter avisa ønsket innsyn i all den tid den neppe hadde nærmere kunnskap om dokumentene.

### 3. Dokumentmengde, innholdet i dokumentene og undersøkelsesgruppens arbeid

Hovedbegrunnelsen for avslaget på VGs innsynsbegjæring synes å ha vært at det ville by på uforholdsmessig mye arbeid å gå gjennom de aktuelle dokumentene for å klarlegge hvilke dokumenter det kunne gis innsyn i. Dette kom på spissen fordi gruppen som undersøkte raset i Hanekleivtunnelen 25. desember 2006 var i arbeid da innsynskravet kom. Gruppen måtte naturlig nok ha løpende tilgang til dokumentene.

Det er ikke grunn til å betvile at gjennomgang av dokumentene ville vært arbeidskrevende. Av bilder vegmyndighetene har fremlagt fremgår det at det dreier seg om et stort antall ringpermer og arkivbøker. Jeg har likevel vanskelig for å se at dette i seg selv kan begrunne avslag. Dette er i første rekke et spørsmål om hvordan dokumentene i sin tid ble arkivert og journalført. Ut fra beskrivelser og bilder kan det se ut til at dokumentene er oppbevart nokså usystematisk i permer og kasser på en måte som synes lite forenlig med hensynene bak arkiv- og offentlighetslovgivningen. Dersom dokumentene hadde vært systematisert på en mer oversiktlig måte, hadde det vært enklere å skille mellom bl.a. «byggetekniske og andre faglige vurderinger, kostnadsoverslag og kalkyler, tegninger, møtereferater, anbudspapirer og kontrakter» (departementets brev hit). Forvaltningens saksdokumenter må oppbevares slik at innsynsretten blir mest mulig effektiv.

Dersom vegmyndighetene hadde hatt bedre oversikt over dokumentene på forhånd, ville trolig forholdet til undersøkelsesgruppens pågående arbeid også blitt mindre problematisk. I medhold av offentlighetsloven § 8 måtte det være mulig å finne en løsning hvor pressen kunne se gjennom dokumenter hos vegmyndighetene eller lignende, også om flere medier enn VG skulle begjære innsyn.

Vegdirektoratet skriver i brev til Samferdselsdepartementet at «kritikk av arkiveringssystemet kan være berettiget».

### 4. Er det grunnlag for helt eller delvis innsyn?

Det fremgår at vegmyndighetene ikke har vurdert innholdet i de enkelte dokumentene, og det er bl.a. av den grunn heller ikke gjort under behandlingen her. Slik saken nå står, vil jeg be om at vegmyndighetene foretar den konkrete innsynsvurderingen for så vidt gjelder de dokumentene som ikke ble offentliggjort da undersøkelsesgruppen la frem sin rapport 15. februar 2007. Det er dog liten grunn til å foreta vurderingen nå, dersom det ikke er et ønske fra VG. Vegmyndighetene bør derfor først avklare dette med avisa.

Under ombudsmannsbehandlingen er det fra forvaltningen pekt på flere mulige grunnlag for å nekte innsyn. Det er vist til at saken inneholder interne dokumenter, vurderinger fra særlige rådgivere og sak-

kyndige, taushetspliktige opplysninger om drifts- og forretningsforhold, forhandlingsdokumenter m.v. Byggingen av Hanekleivtunnelen var ferdig for flere år siden da VG begjærte innsyn. Saken har stor offentlig interesse, bl.a. fordi den gjelder tunnelsikkerhet på en sterkt trafikkert vei og forvaltning av betydelige offentlige midler. Dette er forhold som normalt taler for offentlighet, og som jeg ikke kan se at vegmyndighetene har vært inne på.

Videre er det ikke tilstrekkelig til å avslå delvis innsyn at det «neppe» ville «gitt et korrekt og helhetlig bilde», jf. departementets brev hit.

Saken gir videre grunn til å minne om at et viktig formål med reglene om dokumentoffentlighet er at allmennheten skal kunne etterse det offentliges handlemåte - uavhengig av om det er nedsatt en egen undersøkelsesgruppe eller ikke.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den videre saksgangen, og om en oversikt over hvilke dokumenter som ble offentliggjort 15. februar 2007.»

Statens vegvesen ga etter dette VG innsyn i alle dokumentene bortsett fra anbudsdokumenter inneholdende enhetspriser og forretningsopplysninger. Avisen hadde etter det opplyste ikke innvendinger mot at disse dokumentene ble unntatt offentlighet.

## 10.

### Innsyn i internt budsjettnotat om miljøskadelige subsidier

(Sak 2007/557)

*Finansdepartementet nektet Samarbeidsrådet for Biologisk Mangfold og Norsk Presseforbund innsyn i internt notat med tittelen «Gjennomgang av miljøskadelige subsidier på utgiftssiden». Begrunnelsen for avslaget var at notatet i det vesentlige dreiet seg om budsjettspørsmål.*

*Ombudsmannen tok saken opp med Finansdepartementet av eget tiltak, men fant å kunne la saken bero med den forklaring departementet ga. Ombudsmannen pekte likevel på betydningen av at forvaltningen ser hen til miljøinformasjonslovens formålsbestemmelse i § 1 når det vurderes hvorvidt det skal gis innsyn i dokumenter som inneholder miljøinformasjon.*

Gjennom en artikkel i Aftenposten ble ombudsmannen gjort kjent med at Finansdepartementet hadde nektet Samarbeidsrådet for Biologisk Mangfold (SABIMA) og Norsk Presseforbund innsyn i et internt notat med tittelen «Gjennomgang av miljøskadelige subsidier på utgiftssiden». Notatet var fra departementets finansavdeling til politisk ledelse. Departementet avsto innsynsbegjæringen med den begrunnelse at notatet i det vesentlige dreiet seg om budsjettspørsmål, jf. offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 7, og i mindre grad omhandlet miljøvurderinger.

Etter å ha innhentet og gjennomgått sakens dokumenter, herunder notatet, besluttet ombudsmannen å ta saken opp av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5. Departementet ble blant annet bedt om å redegjøre nærmere for dets vurdering etter miljøinformasjonsloven 9. mai 2003 nr. 31 § 11 av hvilke hensyn som taler for og mot offentliggjøring.

Ombudsmannen fant å kunne la saken bero med den forklaring som ble gitt av Finansdepartementet, men kom med generelle bemerkninger til vurderingen av innsyn etter miljøinformasjonsloven.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Lov 9. mai 2003 nr. 31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven) trådte i kraft 1. januar 2004. Lovteksten bygger på Miljøinformasjonsutvalgets innstilling NOU 2001: 2, og bidrar til å gjennomføre Norges forpliktelser etter UN/ECE-konvensjonen fra 1998 om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet (Århuskonvensjonen). Videre søker loven å konkretisere retten til miljøinformasjon etter Grunnloven § 110 b.

Etter miljøinformasjonsloven § 10 (1) har allmennheten krav på miljøinformasjon fra offentlige myndigheter. Krav om innsyn i dokumenter som inneholder miljøinformasjon kan avslås hvis «det er et reelt og saklig behov for det i det enkelte tilfelle og informasjonen eller dokumentet informasjonen finnes i, kan unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven», jf. § 11 (1). Det siktes til offentlighetsloven §§ 5-6 a. I den konkrete avveiningen som skal foretas etter miljøinformasjonsloven § 11 (2), må det sees hen til formålsbestemmelsen i § 1, hvoretter loven bl.a. skal «fremme allmennhetens mulighet til å delta i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet» (annet punktum), se nærmere i NOU 2001: 2 Retten til miljøopplysninger s. 28-30. Det er med andre ord sentralt at enkeltpersoner, organisasjoner og andre skal få anledning til å ta del i diskusjon knyttet til beslutninger som har betydning for miljøet, jf. også Århuskonvensjonen artikkel 1. Miljøinformasjonsutvalget er videre i punkt 4.1.4 «Tillit og legitimitet» i NOU 2001: 2 inne på at mulighet for allmennheten til å påvirke beslutningsprosesser kan bidra til større aksept for den endelige avgjørelsen i saken.

Det er av betydning for gjennomføringen av miljøinformasjonsloven at forvaltningen tar med det ovennevnte i vurderingen av om det skal gis innsyn i dokumenter som inneholder miljøinformasjon, særlig når det dreier seg om opplysninger og vurderinger om miljøet som ligger i kjernen for lovens anvendelsesområde. Ved vedtakelsen av miljøinformasjonsloven var det et mål å hindre at unntaksadgan-

gen nyttes i større grad enn formålet tilsier, jf. Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) punkt 14.8.»

## 11.

### Offentlighet i budsjettsaker – innsyn i interdepartementalt notat

(Sak 2007/368)

*Arbeids- og inkluderingsdepartementets avslag på begjæring om innsyn i et notat fra Barne- og likestillingsdepartementet reiste spørsmål om forholdet mellom Statsministerens kontors retningslinjer for offentlighet i budsjettsaker og plikten til å vurdere meroffentlighet etter offentlighetsloven § 2 tredje ledd.*

*Ombudsmannen uttalte at Statsministerens kontor i den forestående gjennomgangen av retningslinjene må søke å sikre at adgangen til å unnta budsjettdokumenter fra offentlighet ikke nyttes i større grad enn det som har vært lovgiverens intensjon. Det bør bl.a. ses hen til at prinsipielle saker og prioriteringsspørsmål i økende grad tas inn i budsjettbehandlingen, og videre til de problemstillinger «budsjettlekkasjer» reiser. Praksis for å nekte innsyn i budsjettdokumenter etter at budsjettproposisjonen er fremmet i Stortinget, må også vurderes.*

Arbeids- og inkluderingsdepartementet avsto begjæring fra NRK om innsyn i notat fra Barne- og likestillingsdepartementet om overføring av omsorgsansvaret for enslige mindreårige asylsøkere. Notatet var vedlagt brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Utlendingsdirektoratet, som NRK hadde fått innsyn i.

På grunnlag av klage hit fra NRK ba ombudsmannen Arbeids- og inkluderingsdepartementet om å begrunne avslaget nærmere.

Departementet viste til offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 7, og fremholdt bl.a. at notatet «inneholder interne innspill om enslige mindreårige asylsøkere som skal brukes i det pågående arbeidet med statsbudsjettet og utformingen av tilbudet til enslige mindreårige i framtiden».

Ut fra Arbeids- og inkluderingsdepartementets svar fant ombudsmannen grunn til å ta spørsmålet om offentlighet i budsjettsaker opp med Statsministerens kontor. I brev dit ble det vist til kontorets retningslinjer «Om statsråd», 2003, punkt 14.5, hvor det legges til grunn at dokumenter som omfattes av § 6 første ledd nr. 7 «skal unntas fra offentlighet», og spurt om det rettslige grunnlaget for denne etter sin ordlyd absolutte retningslinjen. Videre ble det bl.a. bedt om en nærmere redegjørelse for hvorfor budsjettdokumenter som er unntatt offentlighet, etter punkt 14.5 normalt også skal unntas etter at St.prp. nr. 1 er fremmet i Stortinget.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet ga under ombudsmannsbehandlingen klageren delvis innsyn i det aktuelle notatet.

I lys av utviklingen sa Statsministerens kontor i svarbrev hit at det kan være tid for å vurdere ordlyden i retningslinjene for offentlighet i budsjettsaker, som ble fastsatt i 1983. I gjennomgangen ville de forhold som var tatt opp av ombudsmannen bli vurdert, og gjennomgangen ville bli søkt slutført innen ny offentlighetslov trer i kraft.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Generelt om offentlighet i budsjettsaker

Dokumenter som er «utarbeidet av et departement i forbindelse med de årlige statsbudsjetter eller langtidsbudsjetter» kan unntas fra offentlighet, jf. offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 7. Bestemmelsen ble inntatt i loven etter forslag fra Justisdepartementet, og gjaldt ved lovens ikrafttredelse alle budsjett dokumenter. Hovedbegrunnelsen for bestemmelsen var at offentlig debatt underveis i budsjettarbeidet om enkeltposter vil vanskeliggjøre Regjeringens helhetlige arbeid hvor ulike poster må sees i sammenheng. Videre var det et moment at Stortinget skulle få Regjeringens budsjettproposisjon uten at den var gjort delvis kjent underveis i utøvende myndighets forberedende arbeid. Anvendelsesområdet for § 6 første ledd nr. 7 vil langt på vei være det samme som for § 5 annet ledd bokstav c om unntak for dokumenter utarbeidet i et departement for den interne saksforberedelsen i et annet departement.

I Tidsskrift for Rettsvitenskap 1977 s. 692 flg. skrev Inge Lorange Backer bl.a.:

«I Norge er det trolig en økende tendens til at prinsipielle saker og prioriteringsspørsmål blir avgjort i budsjettmessig sammenheng. Dette skyldes bl.a. et ønske om å få klarlagt de økonomiske konsekvensene av de tiltak som vedtas. Men for offentlighetens tilgang til slike planer og dokumenter kan sammenkoblingen ha alvorlige følger, jfr. unntaket for budsjett dokumenter i § 6 nr. 8 (nå nr. 7, ombudsmannens anmerkning): Ikke minst vil det være uheldig om underordnede organers årsrapporter til departementet kan unntas fra offentlighet inntil departementet har fremmet melding for Stortinget, noe som kan bli følgen dersom forslagene i NOU 1972:38 - Stortingets kontroll med forvaltningen m.v. blir gjennomført. Overhodet bør det overveies på ny om det er grunn til å ha noe særskilt unntak for budsjett dokumenter - en regel om utskyting av offentlighet med hjemmel i lovens § 4, supplert med unntaksregelen for interne dokumenter i § 5 nr. 1 - burde iallfall være nok. Dette er derfor blant de spørsmål som bør stå på dagsordenen ved den revisjon av offentlighetsloven som snart kan ventes.»

Artikkelen initierte en gjennomgang av unntaket for budsjett dokumenter ved lovrevisjonen i 1982, men Backers antydning om opphevelse av hele bestemmelsen ble ikke fulgt opp. Derimot ble det vedtatt at budsjett dokumenter utarbeidet av andre enn departementene, ikke skal kunne unntas offentlighet.

Samtidig ble for øvrig bestemmelsen om meroffentlighet i § 2 tredje ledd tatt inn i loven.

I 1983 utarbeidet Statsministerens kontor retningslinjer for offentlighet i budsjettsaker. Punkt 14.5 i kontorets retningslinjer «Om statsråd», 2003, bygger etter det opplyste i det alt vesentlige på retningslinjene fra 1983. Av punkt 14.5 følger det at dokumenter som omfattes av § 6 første ledd nr. 7 «skal unntas fra offentlighet», og videre at budsjett dokumenter som er unntatt fra offentlighet, normalt også skal unntas etter at St.prp. nr. 1 er fremmet i Stortinget.

Retningslinjene synes å ha blitt fulgt i årenes løp, og Finansdepartementets årlige budsjetttrundskriv til samtlige departementer viser til punkt 14.5 i «Om statsråd» for så vidt gjelder offentlighet.

Bakgrunnen for min henvendelse til Statsministerens kontor var bl.a. at retningslinjene synes å være i dårlig samsvar med offentlighetsloven § 2 tredje ledd, hvoretter forvaltningen «skal vurdere om dokumentet likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis, selv om det etter bestemmelser i loven kan unntas fra offentlighet». Plikten til å vurdere meroffentlighet er altså lovfestet, og det synes ikke å være gjort unntak for budsjett dokumenter. Da § 2 tredje ledd ble endret i 1993, slik at meroffentlighetsvurderingen ble pliktig, uttalte Justisdepartementet:

«Når det gjelder typer av saksdokumenter som et forvaltningsorgan nokså gjennomgående mener det er grunn til å unnta fra offentlighet, vil man ved vurderingen av spørsmålet om meroffentlighet i tilknytning til det enkelte dokumentet langt på vei kunne legge den gjennomgående hovedregelen til grunn uten videre.» (Ot.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 10)

Budsjett dokumenter må antas å være blant de dokumenter departementet her sikter til. Likefullt innebærer § 2 tredje ledd at det for det enkelte dokument må vurderes konkret om hensynene bak § 6 første ledd nr. 7 gjør seg gjeldende med en slik styrke i forhold til hensyn som taler for offentlighet, at det ikke skal utvises hel eller delvis meroffentlighet. Statsministerens kontor må se hen til dette i den forestående gjennomgangen av retningslinjene for offentlighet i budsjettsaker. Det kan ikke i rundskrivs form bestemmes at den lovpålagte skjønnsutøvelsen ikke skal foretas, eller at skjønnet skal innsnevres i strid med lovgivers intensjon med § 2 tredje ledd.

I gjennomgangen er det videre grunn til å se hen til Backers betraktninger gjengitt ovenfor, som må antas å ha enda større gyldighet i dag enn i 1977. En rekke viktige politiske prosesser tas i dag inn i budsjettbehandlingen. Herværende sak om plassering av ansvaret for enslige mindreårige asylsøkere kan være et illustrerende eksempel. For allmennheten har det til følge at muligheten for å delta i ordskiftet om sakene på informert grunnlag reduseres fordi saksdokumentene kan unntas fra offentlighet i medhold av § 6 første ledd nr. 7. Særlig uheldig kan dette være



re i saker hvor den budsjettmessige siden av saken er underordnet og mer en følge av at de fleste saker også har en kostnadsside. Det er derfor av betydning at Statsministerens kontor søker å sikre at unntaket for budsjettdokumenter ikke får større anvendelse i praksis enn det som har vært lovgiverens intensjon.

Det synes å ha vært en økende tendens til at deler av innholdet i Regjeringens budsjettforslag blir kjent for mediene før budsjettproposisjonen legges frem for Stortinget - såkalte «lekkasjer». Det er spørsmål om denne utviklingen rører ved begrunnelsen for § 6 første ledd nr. 7 på en måte som det bør tas hensyn til når retningslinjene for budsjettoffentlighet skal gjennomgås.

Videre kan det stilles spørsmål om departementenes budsjettdokumenter bør unntas etter at budsjettet er lagt frem for Stortinget i like stor grad som i dag. Det må i så fall begrunnes med at budsjettbehandlingen skiller seg fra andre interne prosesser i departementene på viktige punkter. Jeg kan ikke se at det er pekt på slike konkrete forskjeller, heller ikke av Finansdepartementet i høringen om ny offentlighetslov. I alle tilfelle synes punkt 14.5 i «Om statsråd» for absolutt på dette punktet.

Jeg understreker at jeg med det ovennevnte ikke har som siktemål en rettspolitisk debatt om berettigelsen av § 6 første ledd nr. 7. Bestemmelsens hovedinnhold er videreført i ny offentlighetslov § 22. De forholdene jeg peker på bør imidlertid kunne inngå i vurderingene ved gjennomgangen av Statsministerens kontors retningslinjer. Jeg viser også til at flertallet i Justiskomiteen så presiseringen av regelen om merinnsyn i ny lov § 11 som en styrking av meroffentlighetsprinsippet, jf. Innst.O. nr. 41 (2005-2006) punkt 2.4.3. Som Statsministerens kontor trekker frem, må eventuelle nye retningslinjer om offentlighet i budsjettsaker utformes i lys av regelen i ny lov § 11.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av gjennomgangen av retningslinjene om offentlighet i budsjettsaker.

## 2. Innsyn i interdepartementalt notat

Etter at Arbeids- og inkluderingsdepartementet under ombudsmannsbehandlingen ga klageren delvis innsyn i notatet fra Barne- og likestillingsdepartementet om overføring av omsorgsansvaret for enslige mindreårige asylsøkere, er det i det vesentlige de budsjettmessige sidene av saken som fortsatt er unntatt fra offentlighet. Under overskriften «[k]ostnadsanslag» er det foretatt sladding, særlig i tabelloppsett over utgifter til reformen. Departementet opplyser i brev hit at dette er «materiale som ikke er ferdigdrøftet mellom departementene, og som følgelig har en høyst foreløpig karakter», og det vises til offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c. I tidligere brev opplyste departementet at saken vil inngå i statsbudsjettet for 2008.

Departementet synes nå å ha foretatt en konkret

meroffentlighetsvurdering etter § 2 tredje ledd som ikke gir grunn til avgjørende rettslige merknader fra min side. Jeg har begrenset adgang til å uttale meg om departementets skjønnsmessige vurdering av om det skal gis ytterligere innsyn, og departementets vektlegging av hensynene bak § 5 annet ledd bokstav c og § 6 første ledd nr. 7 fremstår ikke som vilkårlig eller lignende ut fra en gjennomgang av notatet og øvrige dokumenter i saken. Ved å gi delvis innsyn har departementet for øvrig gitt et bedre grunnlag for offentlig debatt om de prinsipielle sidene ved reformen enn om punkt 14.5 i «Om statsråd» hadde vært fulgt etter ordlyden.

Dersom klageren begjærer innsyn på nytt senere i budsjettprosessen, kan det imidlertid være at meroffentlighetsvurderingen vil slå annerledes ut, idet det da ikke nødvendigvis lenger dreier seg om tall av «høyst foreløpig karakter». Når det foreligger sikrere tall - og særlig når budsjettproposisjonen er lagt frem for Stortinget, kan det være at hensynene bak unntaket for interdepartementale budsjettdokumenter ikke lenger gjør seg gjeldende i like stor grad.

Generelt må det være riktig, som påpekt av klageren, at også kostnadsanslagene er av interesse for offentligheten, bl.a. fordi kostnadene nok vil være av betydning for om - og i så fall hvordan - reformen blir gjennomført. Videre knytter det seg stor offentlig interesse til saken, som kan ha stor betydning for de det gjelder. Disse forholdene må departementet se hen til ved eventuelle nye begjæringer om dokumentinnsyn.»

## 12.

### Offentlighetslovens anvendelse på dokumenter beslaglagt i straffesak

(Sak 2007/469)

*Bærum kommune nektet innsyn i fakturaer som var beslaglagt av politiet.*

*Rådigheten over dokumentene var gått over til politiet i og med beslaget, og det var politiet som kunne avgjøre innsynsspørsmålet. Kommunen hadde ikke anledning til å gi innsyn så lenge fakturaene var beslaglagt. Ombudsmannen pekte imidlertid på at politiet har en særlig plikt til løpende å vurdere nødvendigheten av å opprettholde slike beslag, og til å bringe dokumentene tilbake til forvaltningsorganet så snart det straffeprosessuelle formålet med beslaget er oppnådd.*

Bærum kommune av slo begjæring fra Budstikka Media om innsyn i fakturaer sendt til kommunen. Fakturaene var da beslaglagt etter beslutning fra Drammen tingrett som ledd i etterforskning av mulig korrupsjon, men kommunen hadde som fornærmet i straffesaken kopier til utlån. I anledning utlånet ble kommunen pålagt taushetsplikt om dokumentenes innhold av politiet. Fylkesmannen i Oslo og Akers-

hus opprettholdt avslaget under henvisning til offentlighetsloven § 1 tredje ledd.

Norsk Presseforbund brakte saken inn for ombudsmannen. Forbundet anførte i hovedsak at fakturaene ikke i og med beslaget kunne skifte karakter fra forvaltningsdokumenter til straffesaksdokumenter og derved unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 1 tredje ledd. Avslaget hadde etter forbundets syn ikke hjemmel i lov, og etterforskningen kunne ikke i seg selv begrunne innsynsnektelse. Forbundet etterspurte det rettslige grunnlaget for politiets pålegg overfor kommunen om taushetsplikt om dokumentenes innhold.

Ombudsmannen gjennomgikk de relevante straffesaksdokumentene, herunder beslutning om ransaking, rapport om beslag og begjæring om varetektsfengsling. Søndre Buskerud Politidistrikt redegjorde for bakgrunnen for påtalemyndighetens pålegg til Bærum kommune om ikke å utlevere beslaglagte fakturaer til pressen.

#### **I mitt avsluttende brev til Presseforbundets skrev jeg følgende:**

«Fakturaene er beslaglagt av politiet. Reglene om beslag finnes i kapittel 16 i straffeprosesslovens fjerde del om tvangsmidler. Ved beslag av ting, herunder dokumenter, går rådigheten over det beslaglagte over til politiet. Det er da politiet som avgjør om andre skal få tilgang til det beslaglagte, og i så fall hvordan og på hvilke vilkår. Beslag, frivillig eller ved tvang, fratar med andre ord innehaveren adgangen til å råde fritt over det beslaglagte. Dette gjelder uavhengig av hva som beslaglegges og hvem det tilhører, og gjelder frem til beslaget oppheves eller av annen grunn faller bort. Bærum kommune har derfor ikke anledning til å gi Budstikka Media innsyn i fakturaene så lenge de er beslaglagt. At det beslaglagte er forvaltningsdokumenter som faller inn under offentlighetsloven, er i denne sammenheng uten betydning. Dette er en konsekvens av at det er politiet som råder over dokumentene under beslaget. Det er illustrerende at om ikke kommunen hadde fått kopier til utlån fra politiet, hadde den ikke hatt tilgang til dokumentene overhodet.

Etter påtaleinstruksen § 16-4 første ledd kan fornærmede «få kopi av sakens dokumenter i den grad det er nødvendig for at han skal kunne vareta sine interesser i saken og det for øvrig anses ubetenkelig». I kraft av bestemmelsen, som er gitt i medhold av straffeprosessloven § 242, og myndigheten til å råde over dokumentene, kan politiet sette vilkår for utlånet, herunder om taushetsplikt. Jeg kan ikke se at forarbeidene til offentlighetsloven § 1 tredje ledd, ombudsmannssaker det er vist til, Justisdepartementets «[v]eileder i offentlighetsloven» eller annet gir veiledning i dette spørsmålet fordi de ikke omhandler situasjonen ved straffeprosessuelt beslag.

Begjæring fra Budstikka Media om utlån/kopi av fakturaene må under beslaget fremsettes overfor po-

litiet, jf. påtaleinstruksen § 16-5. På generelt grunnlag er det imidlertid grunn til å understreke at politiet har en særlig plikt til løpende å vurdere nødvendigheten av å opprettholde beslag av dokumenter som i utgangspunktet er omfattet av offentlighetsloven og til å bringe dokumentene tilbake til forvaltningsorganet så snart det straffeprosessuelle formålet med beslaget er oppnådd.»

#### **I forbindelse med sakens avslutning skrev jeg blant annet følgende i brev til Riksadvokaten:**

«Hensynene bak offentlighetsloven gjør seg (...) gjeldende også når forvaltningens saksdokumenter er beslaglagt av politiet på grunn av bevisforspillelsesfare. Allmennheten vil fremdeles kunne ha behov for ønske om innsyn i de aktuelle dokumentene. Selv om de straffeprosessuelle hensynene i en konkret sak veier tyngre enn hensynet til åpenhet, bør beslaget eller pålegget om taushetsplikt ikke vare lengre enn nødvendig. Ved beslag av dokumenter som i utgangspunktet er omfattet av offentlighetsloven, har påtalemyndigheten en særlig plikt til løpende å vurdere nødvendigheten av å opprettholde beslaget, og til å bringe dokumentene tilbake til forvaltningsorganet, eventuelt oppheve pålegget om taushetsplikt, så snart det straffeprosessuelle formålet med beslaget er oppnådd.»

Riksadvokaten sendte deretter brev til samtlige statsadvokatembeter og politimestre, der det blant annet het:

«Riksadvokaten gir sin tilslutning til sivilombudsmannens uttalelse og ber om at de synspunkter som der er gitt, iakttas.»

### **13.**

#### **Utsatt offentlighet etter offentlighetsloven § 4 – forvaltningens plikt til å behandle innsynsspørsmålet på nytt når sperrefristen oppheves**

(Sak 2007/824)

*Nærings- og handelsdepartementet av slo en begjæring om innsyn i to versjoner av departementets kommentarer til Riksrevisjonens rapport om Entra Eiendom. Avslagene ble påklaget og den fornyede behandlingen tok fem måneder. Det ble da gitt innsyn i den siste versjonen av kommentarene fordi sperrefristen i offentlighetsloven § 4 annet ledd var opphevet. Departementet opprettholdt avslaget for den første versjonen av kommentarene, og viste til at dette var et internt dokument som kunne unntas etter offentlighetsloven § 5.*

*Ombudsmannen uttalte at det var uholdbart at det tok fem måneder å behandle klagen over avslaget på innsynsbegjæringen. Sperrefristen etter of-*

*fentlighetsloven § 4 annet ledd ble opphevet kort tid etter at departementet avsto innsynsbegjæringen og departementet skulle umiddelbart ha foretatt en fornyet vurdering av begjæringen. Ombudsmannen uttalte også at den første versjonen av departementets kommentarer til Riksrevisjonens rapport ikke var å anse som et «internt dokument» som kunne unntas etter offentlighetsloven § 5. Departementet ble bedt om å foreta en ny vurdering av innsynsspørsmålet. Etter den fornyede vurderingen kom departementet til at innsyn i dokumentet kunne gis.*

Etter at Riksrevisjonen hadde utarbeidet en rapport om Entra Eiendom AS, ble Nærings- og handelsdepartementet (NHD) bedt om å gi sine kommentarer til rapporten. Det første brevet (dokument 27) ble oversendt til Riksrevisjonen 13. oktober 2006. Etter oversendelsen foretok Riksrevisjonen endringer i rapporten som medførte at NHD sendte en ny versjon av sine merknader, kalt «endelige merknader» (dokument 31). I oversendelsesbrevet ble det påpekt at dokument 31 skulle erstatte dokument 27. Det er opplyst at Riksrevisjonen kun forholdt seg til departementets kommentarer i dokument 31 i den videre behandlingen av saken.

A ba 14. november 2006 om innsyn i dokumentene 27 og 31 hos Nærings- og handelsdepartementet. Innsynsbegjæringen ble avslått med hjemmel i henholdsvis offentlighetsloven § 5 første ledd for dokument 27 og § 4 annet ledd jf. lov om Riksrevisjonen § 18 for dokument 31. A påklaget avslaget 15. november 2006. I brev 19. april 2007 opplyste departementet at det ble gitt innsyn i dokument 31 ettersom saken var lagt frem for Stortinget og sperrefristen etter offentlighetsloven § 4 annet ledd var opphevet. Dette skjedde 22. november 2006. Avslaget for dokument 27 ble opprettholdt under henvisning til at dokumentet var «trukket tilbake» og «erstattet» av dokument 31. Etter departementets syn var dokument 27 «å betrakte som et internt dokument som derfor unntas fra offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd». Departementet beklaget sen saksbehandling av saken.

Ved brev 22. april 2007 brakte A saken inn for ombudsmannen, og ba om ombudsmannens uttalelse om departementets saksbehandlingsrutiner. Han anførte at departementet umiddelbart skulle varslet ham da sperrefristen for dokumentet ble opphevet. Videre påpekte han at dokument 27 ikke kunne betraktes som et dokument for departementets «interne saksforberedelse» all den tid dokumentet var sendt til Riksrevisjonen.

Ombudsmannen innhentet saksdokumenter fra NHD, og i brev herfra ble departementet bedt om å redegjøre for saksbehandlingstiden i klagerunden, sammenholdt med offentlighetslovens krav om at behandlingen av innsynsbegjæring og klager på avslag, skal skje «uten ugrunnet opphold» jf. offentlighetsloven § 9 første og tredje ledd. Departementet ble også bedt om å redegjøre for rutinene for be-

handling av klager i innsynssaker og for normal saksbehandlingstid i slike saker. Videre ble det bedt om en redegjørelse for om det foreligger plikt til å varsle den som har bedt om innsyn i et dokument når sperrefristen etter offentlighetsloven § 4 oppheves. Endelig ble departementet bedt om å gi en nærmere begrunnelse for at dokument 27 var et internt dokument etter offentlighetsloven § 5 første ledd.

I redegjørelsen til ombudsmannen beklaget departementet den lange saksbehandlingen og fremholdt at behandlingen av saken ikke hadde vært i samsvar med «forvaltningsloven og offentlighetslovens krav om å behandle saker uten ugrunnet opphold.» Det ble vist til «omorganisering, permisjon og at saksbehandler sluttet» som samvirkende årsaker til den lange saksbehandlingstiden. Departementet opplyste at saken først ble tatt opp igjen etter en restansegjennomgang i april 2007 og at klager i innsynssaker «behandles av Regelverksseksjonen i Avdeling for skipsfart og regelverk. Klagene blir fordelt til saksbehandler, som ber om en ny vurdering av saken fra vedkommende fagavdeling, før enten klagen tas til følge helt eller delvis, eller kgl. res. utarbeides for behandling i statsråd». Målet for behandlingstiden for klager i innsynssaker ble opplyst å være 4 uker. Videre opplyste departementet at det ikke hadde rutiner for å varsle en person som har bedt om innsyn når sperrefristen for dokumentet blir opphevet, men at dette nå ville bli vurdert.

Når det gjaldt spørsmålet om innsyn i dokument 27, fremholdt departementet blant annet følgende:

«i en sak som denne hvor det foretas en omfattende gjennomgang av et selskap vil det være en risiko for at det kan dukke opp forhold underveis i prosessen som endrer saksfremstillingen. Etter departementets vurdering vil det være både naturlig og riktig å trekke en tidligere uttalelse i saken og erstatte den med en uttalelse som forholder seg til den riktige fremstillingen uten at dokumentet som er basert på feil forutsetninger tas med som en del av den endelige saksfremstillingen. En naturlig forståelse må da være, etter departementets syn, at dokumentet i stedet anses som en del av den interne saksforberedelsen slik at unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 første ledd kan anvendes.»

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

#### *«1. Saksbehandling»*

##### *a) Saksbehandlingstiden*

Det følger av offentlighetsloven § 9 første ledd at begjæring om innsyn i forvaltningens dokumenter skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». I særskilte meldinger til Stortinget og i flere uttalelser har ombudsmannen lagt til grunn at de fleste begjæring bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1-3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter». Se om-

budsmannens årsmelding for 2005 side 102. (Somb-2005-14).

Kravet til å avgjøre en innsynsbegjæring «uten ugrunnet opphold» gjelder også for klageinstansen, jf. offentlighetsloven § 9 tredje ledd tredje punktum. Offentlighetsloven inneholder ikke konkrete krav til hvor raskt førsteinstansen må forberede klagesaken. Hensynet til innsynsreglenes effektivitet og formålet bak offentlighetsprinsippet tilsier imidlertid at saksbehandlingen i forbindelse med forberedende klagebehandling også skjer «uten ugrunnet opphold». Det vil si at et eventuelt tidsmessig opphold må ha en saklig grunn.

I denne saken tok det fem måneder fra klagen på avslaget på innsynsbegjæringen ble mottatt av departementet til departementet hadde foretatt en fornyet vurdering av saken. Så lang saksbehandlingstid er ikke tilfredsstillende, og innebærer et klart brudd på lovens krav om at saksbehandlingen skal skje «uten ugrunnet opphold». Departementet har beklaget saksbehandlingstiden, og denne beklagelsen er på sin plass. Det er opplyst at saken ble liggende ubehandlet som følge av flere uheldige omstendigheter, og at den ble tatt opp til behandling etter en restansegjennomgang i april 2007. Saken viser at det er viktig å ha rutiner for å kontrollere at saker følges opp. Jeg finner det imidlertid ikke tilfredsstillende at det tok over 4 måneder før kontrollrutinene avdekket manglende oppfølging av saken.

Departementet har videre gjort rede for sin praksis ved behandling av klager i innsynssaker, og det er opplyst at den interne målsetning er at klagen skal være klare for eventuell statsrådsbehandling innen fire uker. Som utgangspunkt anser jeg at målsetningen om fire ukers saksbehandlingstid for å vurdere en innsynsbegjæring på nytt, ikke er god nok. Særlig i saker som ikke byr på spesielt vanskelige avveininger, bør saksbehandlingen kunne skje raskere enn fire uker. Jeg har forståelse for at vedkommende fagavdeling må bli hørt i forbindelse med den fornyede vurderingen av innsynsspørsmålet, men det er viktig at disse sakene gis høy prioritet slik at innsynsreglene kan bli effektive.

Departementet bes om å gjennomgå sine rutiner, både når det gjelder restansekontroll og behandlingsmåten for klager i saker om dokumentinnsyn.

*b) Saksbehandlingen i saker som er underlagt sperrefrist etter § 4 annet ledd*

Offentlighetsloven § 4 annet ledd ble vedtatt i forbindelse med lov 7. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen. Bestemmelsen lyder:

«For dokumenter som er utarbeidet av eller til Riksrevisjonen i saker som den vurderer å legge frem for Stortinget som ledd i den konstitusjonelle kontroll, gjelder offentlighet først når saken er mottatt i Stortinget eller Riksrevisjonen har varslet vedkommende forvaltningsorgan om at

saken er ferdigbehandlet, jf. lov 7. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen § 18 annet ledd».

I denne saken ble begjæringen om dokumentinnsyn fremsatt 14. november 2006, og avslått dagen etter. Avslaget for et av dokumentene var hjemlet i offentlighetsloven § 4 annet ledd. Sperrefristen ble opphevet 22. november 2006, men klageren ble først gjort kjent med dette i forbindelse med klagebehandlingen av saken 19. april 2007.

Spørsmålet er om departementet på eget initiativ skulle foretatt en ny vurdering av innsynsbegjæringen da sperrefristen etter § 4 annet ledd ble opphevet.

Et avslag på dokumentinnsyn med hjemmel i offentlighetsloven § 4 annet ledd, må etter mitt syn betraktes som et midlertidig og foreløpig avslag, der saksbehandlingen i innsynssaken ikke kan betraktes som endelig avsluttet. Når sperrefristen utløper, vil utgangspunktet være at det aktuelle dokumentet blir offentlig, med mindre andre unntaksbestemmelser kommer til anvendelse. Dette må ha den konsekvens at forvaltningsorganet av eget tiltak må foreta en ny vurdering av de innsynsbegjæringene som er fremsatt for dokumenter som har vært underlagt sperrefrist. I dette tilfellet burde det vært foretatt en slik ny vurdering av As innsynsbegjæring kort tid etter 22. november 2006.

Departementet har opplyst at det vil vurdere nye rutiner på dette området, og jeg ber om å bli holdt oppdatert om arbeidet.

*2. Spørsmålet om dokument 27 kan anses som et internt dokument*

Offentlighetslovens hovedregel er at «forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller medhold av lov» jf. § 2 første ledd. Da dokument 27 ble sendt fra NHD til Riksrevisjonen 13. oktober 2006, hadde dokumentet en påtegning om utsatt offentlighet jf. offentlighetsloven § 4 annet ledd. Da A ba om innsyn i dokumentet 14. november 2006, ble imidlertid begjæringen avslått med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd. Etter denne bestemmelsen kan et dokument som departementet har utarbeidet for sin interne saksforberedelse, unntas fra offentlighet.

Departementet har anført at fordi dokument 27 senere ble «erstattet» med dokument 31, må «dokumentet i stedet anses som en del av den interne saksforberedelsen slik at unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 første ledd kan anvendes».

Jeg kan vanskelig se at dokument 27 kan betraktes som et dokument for departementets «interne saksforberedelse». Dokumentet ble utarbeidet som departementets endelige kommentarer til Riksrevisjonens rapport om Entra Eiendom, og ble oversendt til Riksrevisjonen. Det er et grunnvilkår for at et dokument skal kunne anses som et «internt dokument», at *formålet* med dokumentet da det ble utarbeidet,

var at det skulle inngå i organets egen saksforberedelse. Et dokument som er utarbeidet for å inngå i et annet organs saksforberedelse kan bare betraktes som et internt dokument der vilkårene i annet ledd kommer til anvendelse. Det er ikke tilfellet her. Departementet har vist til at dokumentet ble «trukket tilbake» og erstattet av et annet. Det er vanskelig å se at det opprinnelige dokumentet av denne grunn ble et internt dokument som kunne unntas med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd. Den omstendighet at NHD utarbeidet en ny versjon av sine kommentarer til Riksrevisjonens rapport, som «erstattet» dokument 27, kan ikke medføre at dokument 27 går fra å være et dokument utarbeidet og oversendt Riksrevisjonen for å inngå i dets saksforberedelse, til å bli et «internt dokument» utarbeidet for departementets «interne saksforberedelse».

Jeg kan etter dette vanskelig se at dokument 27 kan unntas fra offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd. På denne bakgrunn ber jeg om at Nærings- og handelsdepartementet vurderer innsynsspørsmålet på nytt, og orienterer meg om utfallet av den nye behandlingen.»

Etter en fornyet vurdering kom departementet til at innsyn i dokumentet kunne gis.

#### 14.

##### Avslag på krav om innsyn – rapport fra Lotteritilsynet

(Sak 2007/351)

*Landbruks- og matdepartementet nektet innsyn i en rapport utarbeidet av Lotteri- og stiftelsestilsynet, med hjemmel i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a. Innsyn ble begjært i forbindelse med at rapporten ble oversendt fra departementet til Norsk Rikstoto for kommentarer.*

*Ombudsmannen fant at rapporten ikke kunne anses å være utarbeidet for Landbruks- og matdepartementets «interne saksforberedelse». Offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a kom derfor ikke til anvendelse.*

ABC Nyheter ba Landbruks- og matdepartementet (heretter LMD) om innsyn i en rapport utarbeidet av Lotteri- og stiftelsestilsynet (heretter Lotteritilsynet) i forbindelse med at rapporten var oversendt fra LMD til Norsk Rikstoto for kommentarer. Rapporten het «Rapport om markedsføring av spel i regi av Norsk Rikstoto», og inneholdt blant annet Lotteritilsynets vurdering av lovligheten av Norsk Rikstotos markedsføring.

Innsyn ble avslått av LMD med hjemmel i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav a, fordi rapporten etter departementets syn var et internt dokument. ABC Nyheter påklaget vedtaket, men departementet opprettholdt avslaget.

Samtidig opplyste departementet at rapporten ville bli offentliggjort når saken var ferdigbehandlet.

LMD ble bedt om å redegjøre for enkelte forhold, herunder nærmere om sitt forhold til henholdsvis Lotteritilsynet og stiftelsen Norsk Rikstoto, samt i hvilken grad disse kunne karakteriseres som underordnede organ til LMD i offentlighetslovens forstand. Det ble videre bedt om en redegjørelse for på hvilken måte rapporten ble ansett utarbeidet for LMDs interne saksforberedelse og for meroffentlighetsvurderingen.

På dette tidspunkt var rapporten offentliggjort på LMDs hjemmesider sammen med kommentarer fra LMD og Norsk Rikstoto.

I brev hit skrev LMD at Lotteritilsynet administrativt hører under Kultur- og kirke departementet, men at tilsynet har Justisdepartementet som faglig ansvarlig for stiftelsesområdet. Det følger imidlertid av forskrift om lotteritilsynet og lotteriregisteret 21. desember 2000 nr. 1366 § 1-2 tredje ledd at «Lotteritilsynet har ansvar for Statens kontrollkomité ved Norsk Rikstoto og Statens inspektører ved baner i henhold til departementets nærmere bestemmelse etter lov av 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator». LMDs tilknytning til Lotteritilsynet er avledet av LMDs rolle som forvalter av totalisatorloven 1. juli 1927 nr. 3, slik at det er LMD som er «departementet» i denne sammenheng. LMD fremholdt videre at myndigheten til å føre tilsyn med spill på hest ble delegert fra Landbruksdepartementet til Lotteritilsynet 19. november 2001 og at LMD setter de rettslige rammevilkår som Lotteritilsynet skal operere innenfor og som pålegger Lotteritilsynet å iverksette de tiltak som er nødvendig for å føre tilsyn med spill på hest. Det ble opplyst at Lotteritilsynet er pålagt å foreta en løpende evaluering av markedsføringen av totalisatorspill, og skal rapportere til LMD to ganger årlig og ved særskilt behov.

Om sitt forhold til Norsk Rikstoto skrev LMD at Norsk Rikstoto ikke var et underordnet organ til LMD. Imidlertid hadde LMD en tilknytning til Norsk Rikstoto ettersom det er LMD som fastsetter de nærmere vilkår for Norsk Rikstotos konsesjon, og har kompetanse til å trekke konsesjonen tilbake ved brudd på vilkår eller ved endringer i forutsetningen for konsesjonen. Videre fastsatte LMD spillerandel og spilleregler for totalisatorspill, og godkjente stiftelsens vedtekter.

LMD viste til Justis- og politidepartementets veileder i offentlighetsloven punkt 5.2.4, der det heter at «[d]ersom organet gir et saksforberedende dokument til utenforstående, vil det normalt miste sitt preg av å være et internt og fortrolig arbeidsdokument». Ettersom rapporten omhandlet Norsk Rikstotos markedsføring, og brudd på markedsføringsreglene kunne være brudd på konsesjonsvilkårene gitt av LMD, mente departementet at Norsk Rikstoto ikke kunne regnes som utenforstående.

Til spørsmålet om dokumentet var ment for departementets interne saksforberedelse, ble det vist til

at rapporten ble brukt som grunnlag for å vurdere om Norsk Rikstoto hadde brutt konsesjonsvilkårene, og at rapporten måtte anses som intern inntil departementet hadde konkludert i saken.

Hva gjelder meroffentlighetsvurderingen skrev departementet at det hele tiden hadde vært hensikten å offentliggjøre rapporten, men at man ville avvente en intern gjennomgang av rapporten og LMDs vurdering av om konsesjonsvilkårene var brutt.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Hovedregelen i offentlighetsloven er at forvaltningens saksdokumenter «er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», jf. lovens § 2. Etter offentlighetsloven § 5 annet ledd kan visse dokumenter som utveksles med andre forvaltningsorganer eller private unntas fra offentlighet som interne dokumenter. Offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a åpner for at dokumenter utarbeidet av et underordnet organ for den interne saksforberedelsen i det overordnede organet kan unntas offentlighet.

For at rapporten fra Lotteritilsynet skulle kunne unntas offentlighet, er det dermed et krav om at Lotteritilsynet kan anses som et underordnet organ til LMD, samt at rapporten kan anses som et internt dokument i offentlighetslovens forstand.

#### *a) Lotteritilsynets forhold til Landbruks- og matdepartementet*

Spørsmålet om et organ skal anses for overordnet et annet i relasjon til § 5 annet ledd bokstav a i offentlighetsloven, må bero på en konkret vurdering av forholdet mellom organene på det aktuelle saksområdet. Av sentral betydning vil være om det foreligger instruksjons- og/eller omgjøringmyndighet, jf. St.meld. nr. 32 (1997-1998) pkt. 5.4.2.2 og Frihagen, Offentlighetsloven bind II (3. utg. 1993), side 348 flg., samt sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1984 side 63 (Somb-1984-28).

Lotteritilsynet er administrativt underlagt Kultur- og kirke departementet, med Justis- og politidepartementet som faglig ansvarlig for stiftelsesområdet. LMD har opplyst at myndigheten til å føre tilsyn med spill på hest (totalisatorspillet) ble delegert fra LMD til Lotteritilsynet 19. november 2001. Videre har departementet vist til at LMD «setter de rettslige rammevilkår som Lotteritilsynet skal operere innenfor og pålegger Lotteritilsynet å iverksette de tiltak som er nødvendig for å føre tilsyn med spill på hest». Departementet har også vist til at Lotteritilsynet er pålagt å rapportere til LMD to ganger årlig og ved særskilt behov.

Det synes etter dette ikke tvilsomt at Lotteritilsynet er underordnet organ for LMD i saker som gjelder totalisatorspill.

#### *b) Var rapporten utarbeidet for LMDs interne saksforberedelse?*

For at unntakshjemmelen i offentlighetsloven § 5 annet ledd skal komme til anvendelse er det et selvstendig vilkår at det aktuelle dokumentet er utarbeidet «for» det overordnede organets «interne saksforberedelse».

Spørsmålet i denne saken er om rapporten, som er avgitt av Lotteritilsynet til Landbruks- og matdepartementet, kan anses å være utarbeidet for departementets «interne saksforberedelse». Departementet har vist til at rapporten ble brukt som grunnlag for å vurdere om Norsk Rikstoto hadde brutt konsesjonsvilkårene, og om konsesjonen skulle trekkes tilbake. I lys av dette har departementet ansett rapporten som et internt dokument inntil departementet hadde konkludert i konsesjonsspørsmålet.

Hvorvidt et dokument kan sies å være utarbeidet for et organs interne saksforberedelse beror på en konkret helhetsvurdering, der det i tillegg til lovens ordlyd også må legges vekt på hensynene bak bestemmelsen. Unntaket for interne dokumenter i offentlighetsloven § 5 er gitt for å verne visse saksbehandlingsprosesser og er ikke primært knyttet til dokumentets innhold. Den generelle bakgrunnen for unntaksadgangen etter § 5 annet ledd var et ønske om å sikre organet en krets av interne rådgivere. I Justisdepartementets veileder til offentlighetsloven er det i punkt 5.3.2.4. pekt på at det er sentralt for vurderingen av om dokumentet er ment for den interne saksforberedelsen hvorvidt dokumentet er laget med sikte på bearbeidelse av overinstansen. Det er pekt på at et dokument ikke kan regnes som et dokument til overinstansens saksforberedelse når forutsetningen ved utarbeidelsen er at dokumentet skal sendes videre til utenforstående i uforandret form. Veilederen peker videre på at dokumenter som det underordnede organet oversender på eget initiativ normalt vil falle utenfor unntaket.

Jeg kan vanskelig se at rapporten fra Lotteritilsynet kan unntas fra offentlighet med den begrunnelsen at det var tale om et dokument for departementets interne saksforberedelse. Rapporten er utarbeidet av Lotteritilsynet som ledd i tilsynets løpende evaluering av de statlige spillene. Av retningslinjene for markedsføring av statlige kontrollerte pengespill fremgår det at Lotteritilsynet skal rapportere til Landbruks- og matdepartementet to ganger i året. Den aktuelle rapporten ble avgitt 16. oktober 2006, og det fremgår av oversendelsesbrevet at rapporten gjelder første halvår 2006. Det må legges til grunn at rapporten ble avgitt uten særskilt oppfordring fra departementet, og uten tilknytning til en konkret, pågående sak om Norsk Rikstoto. Rapporten fremstår som et ferdigstilt og endelig dokument som var utarbeidet for å oppfylle tilsynets plikt til regelmessig rapportering til departementet. Når det i lovteksten i offentlighetsloven § 5 annet ledd er krav om at do-

kumentet må være for «et organs interne saksforberedelse», vises det til hva som var siktepunktet da dokumentet ble laget. Var det da meningen at dokumentet bare skulle brukes internt i organet, kan det i utgangspunktet unntas fra offentlighet som et internt dokument selv om det senere overlates til andre, jf. Frihagen, Offentlighetsloven bind I (3. utg. 1993), side 361. Det heter imidlertid i Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 76 at «var det meningen allerede under utarbeidelsen at det interne dokument skulle oversendes, må dokumentet åpenbart falle utenfor rammen av unntaket». Tilsvarende må etter mitt skjønn gjelde der det hele tiden har vært meningen å offentliggjøre dokumentet.

Sett i lys av dette kan rapporten ikke anses å være utarbeidet «for» departementets interne saksforberedelse. Rapporten kan nok sies å ha fungert som en kilde til informasjon for departementet i vurderingen av om Norsk Rikstoto hadde brutt konsesjonsvilkårene, men den fremstår hovedsakelig som en del av Lotteritilsynets løpende evaluering av markedsføringen av totalisatorspill.

I lys av dette kan rapporten vanskelig sies å være et internt dokument i offentlighetslovens forstand, og jeg har kommet til at det ikke var grunnlag for å unnta dokumentet fra offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a. Jeg har ikke vurdert om andre unntakshjemler kunne vært aktuelle.

#### c) Spørsmålet om oversendelse fra LMD til Norsk Rikstoto

Som grunnlag for å unnta dokumentet fra offentlighet i forbindelse med oversendelsen til Norsk Rikstoto, har LMD anført at Norsk Rikstoto ikke er en *utenforstående* i offentlighetslovens forstand, og at dokumentet derfor ikke mistet sin karakter av å være internt ved oversendelse av rapporten til Norsk Rikstoto.

Det synes å være en viss støtte i teori og praksis for at et internt dokument kan sendes til andre organer eller personer uten å miste karakteren av å være et internt dokument. Jeg viser eksempelvis til uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 16. mai 1985 (JDLOV-1986-1587). Den klare hovedregel er imidlertid at et dokument normalt vil falle utenfor unntaket fra innsynsretten dersom det formelt sendes over til en part eller andre berørte private til uttalelse eller annen behandling, jf. også Frihagen, Offentlighetsloven bind I (3. utg. 1993), side 365.

Ettersom jeg mener dokumentet uansett ikke kan anses som et internt dokument i offentlighetslovens forstand, finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på denne vurderingen.

Rapporten er nå tilgjengelig på LMDs hjemmesider, men jeg ber LMD innrette saksbehandlingen i fremtidige innsynssaker etter det som er sagt ovenfor.»

## 15.

### Møteoffentlighet i Nesna kommune

(Sak 2006/2202)

*Et kommunestyre hadde vedtatt en reglementsbestemmelse som innebar at alle formannskapets forberedende møter i saker om økonomiplan og årsbudsjett skulle holdes for lukkede dører.*

*Ombudsmannen kom til at det var tvilsomt om en så vidtrekkende bestemmelse var i samsvar med kommunelovens regler og formålene bak prinsippet om møteoffentlighet.*

Gjennom et oppslag i Helgelands Blad ble ombudsmannen oppmerksom på at et budsjettmøte i formannskapet i Nesna kommune ble holdt for lukkede dører. Det ble funnet grunn til å be kommunen om en nærmere redegjørelse for det rettslige grunnlaget for lukkingen av dørene. Blant annet ble det bedt opplyst hvilket alternativ i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 31 som lå til grunn for lukkingen, og om formannskapet selv traff avgjørelse om dette eller om kommunestyret hadde truffet vedtak i medhold av kommuneloven § 31 nr. 5. Kommunen ble også bedt om å gjøre rede for sin praksis om lukkede dører i slike forberedende møter.

Kommunen svarte at møtet i formannskapet var et forberedende møte som «i realiteten [var] et «arbeidsutvalg» med formål å utarbeide et første framlegg til helhetlig budsjett i balanse, for deretter å sende det ut på høring». Videre var begrunnelsen for å holde slike møter for lukkede dører først og fremst at kommunen er liten og at diskusjoner om kostnadskutt «lett [kan] kobles opp mot personer, for eksempel hvem som kan eller må gå fra sin stilling i kjølvannet av kostnadskutt». Det ble videre fremholdt at et «åpent arbeidsmøte ville ført til mindre åpen diskusjon, noe som kan svekke grunnlaget for å komme frem til gode løsninger».

Kommunen ble bedt om å redegjøre nærmere for det rettslige grunnlaget for beslutningen om å lukke møtet i formannskapet, og saksdokumentene i forbindelse med beslutningen ble bedt oversendt hit. Som svar på ombudsmannens henvendelse oversendte kommunen «Reglement for folkevalgte organer i Nesna kommune». Av svaret fremgikk det at Nesna kommunestyre i 2004 hadde vedtatt at formannskapets forberedelse av saker som gjelder økonomiplan og årsbudsjett skulle holdes for lukkede dører, jf. kommuneloven § 31 nr. 5. Etter anmodning herfra oversendte kommunen sakspapirene til dette kommunestyrevedtaket.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av kommuneloven § 31 nr. 1 at «møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører hvis

ikke annet følger av lovbestemt taushetsplikt eller vedtak etter denne paragraf».

Møteoffentlighet er utslag av et grunnleggende demokratisk prinsipp. Kommunelovens hovedregel om åpne dører er uttrykk for betydningen av å gi allmennheten innsyn i forhandlingene og debattene i folkevalgte organer. Det er nødvendig for at borgerne skal få innsyn i, kunnskap om, og forståelse for hvordan det offentlige styrer. Det bidrar også til å gi de vedtak som treffes legitimitet og det styrker borgernes tillit til de politiske beslutninger som tas. Det alminnelige utgangspunktet er derfor at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører, og at det kreves særskilt hjemmel, særskilt avgjørelse og særskilt begrunnelse hvis det skal gjøres unntak. Kommuneloven § 31 nr. 3-6 gir adgang til å beslutte unntak fra lovens hovedregel når visse hensyn gjør seg gjeldende. I denne saken er avgjørelsen om lukkede dører begrunnet med henvisning til unntaket i § 31 nr. 5, der det fremgår at:

«Kommunestyret og fylkestinget selv kan også ellers, når det er nødvendig på grunn av et bestemt angitt forhold ved den særskilte sak eller sakstype, bestemme at møtene i andre organer eller i visse sakstyper i andre organer skal holdes for lukkede dører, når organet ikke selv skal treffe vedtak i saken.»

Nesna kommunestyre vedtok 16. august 2004 «Reglement for folkevalgte organer i Nesna kommune». I punkt E, «Spesielle bestemmelser», står det følgende:

«Formannskapetets forberedelse av saker som gjelder økonomiplan etter Kl. § 44 og årsbudsjett etter Kl. § 45, holdes for lukkede dører, jf. Kl. § 31 nr. 5.»

Reglementet gir ingen nærmere begrunnelse for det generelle vedtaket om å lukke dørene i alle saker som gjelder formannskapetets behandling av økonomiplan og årsbudsjett. Heller ikke i de tilsendte saksdokumentene kan jeg se at kommunen forut for vedtakelsen av bestemmelsen har gitt noen nærmere begrunnelse. I kommunens redegjørelse hit 13. desember 2006 er lukkingen av dørene begrunnet i bl.a. hensynet til kommunens ansatte, som ellers ville kunne bli kjent med forslag om kutt i stillinger m.v. gjennom media før de selv var direkte orientert om dette.

Kommuneloven § 31 nr. 5 ble endret ved lov nr. 8/1997. Tidligere kunne kommunestyret bestemme at møtene i andre organer eller i visse sakstyper i andre organer skulle holdes for lukkede dører av hensyn til «den interne saksbehandling». For å få frem at det ikke var nok med en generell henvisning til «den interne saksbehandling», og for å få frem at et vedtak om lukkede dører må vurderes konkret, ble det foreslått en presisering av ordlyden i bestemmelsen. Det følger av lovbehandlingen i Stortinget at det var et behov for å stramme inn kommunenes tendens

til automatisk å bestemme at møter i organer uten avgjørelsesmyndighet skulle holdes for lukkede dører.

Lovteksten krever nå uttrykkelig at vedtak om lukking av dørene må være «nødvendig på grunn av et bestemt angitt forhold ved den særskilte sak eller sakstype». En bestemmelse om lukking av dørene må med andre ord være konkret begrunnet og skal ikke skje automatisk i tilfeller der et kommunalt organ bare skal uttale seg i saken, se nærmere Ot.prp. nr. 58 (1995-1996) side 32. Det må også kreves at kommunestyret har vurdert spørsmålet nøye, og at hensynene for åpenhet om de sakstyper som behandles er tillagt vekt. Kommunestyret står i utgangspunktet fritt til å vurdere når det er «nødvendig» å lukke dørene etter kommuneloven § 31 nr. 5. Men denne friheten begrenses av fylkesmennenes, og ombudsmannens, kontroll med at begrunnelsen for å lukke dørene ligger innenfor lovens rammer.

Det er vanskelig å angi presist og uttømmende hvilke sakstyper som kan gjøre det «nødvendig» å lukke dørene. I Overrå/Bernt, *Kommuneloven med kommentarer*, 4. utgave 2006, står det blant annet følgende om dette:

«Det må dreie seg om spesifikke innholdsmessige særtrekk ved den aktuelle sakstypen som medfører at den står i en særstilling med hensyn til behovet for slik skjerming av diskusjonen i organet. Budsjett- og økonomiplansaker kan neppe anses som en slik spesiell sakstype slik loven lyder i dag. Tvert imot var det nettopp tendensen til å lukke dørene i disse sakene som var en hoveddrivkraft bak innstramningen i reglene ved lov 10.03.1997 nr. 8.»

Hovedregelen om åpne møter i kommuneloven § 31 nr. 1 og hensynene bak møteoffentlighetsprinsippet tilsier at møter i folkevalgte organer ikke skal lukkes i større utstrekning enn det er grunnlag for. Formålet med reglene om møteoffentlighet må tillegges vekt ved vurderingen av om det er «nødvendig» å lukke dørene etter kommuneloven § 31 nr. 5 i hvert enkelt tilfelle. Generelt innebærer møteoffentlighetsprinsippet at kommunestyrene må vise varsomhet med å treffe alminnelige bestemmelser om lukking av dørene, særlig i møter der det behandles saker eller sakstyper som har offentlig interesse.

Bestemmelsen i punkt E i Nesna kommunes reglement omfatter samtlige forberedende formannskapsmøter om årsbudsjett og økonomiplaner. Bestemmelsen i reglementet er utformet helt generelt, og vil komme til anvendelse uavhengig av om karakteren av sakene endres fra år til år. Reglementsbestemmelsen vil gjelde inntil reglementet eventuelt endres, og anvendelsen av bestemmelsen er dermed ubegrenset i tid. Jeg har merket meg de personalpolitiske hensyn kommunen har vist til i redegjørelsen hit. Det er imidlertid ikke fremlagt dokumenter for ombudsmannen som kan vise hvilke konkrete vurderinger kommunestyret gjorde i forkant av vedtakelsen av reglementsbestemmelsen. Det er heller ikke



redegjort nærmere for hvilke avveininger kommunestyret gjorde om forholdet mellom behovet for en åpen behandling av saker som vedrører budsjett og økonomiplaner, og de personalpolitiske hensynene som kommunen nevner i brevet hit. Saker om budsjett og økonomiplaner må anses å være av stor betydning for innbyggerne i kommunen, og behovet for demokratisk kontroll og påvirkning må anses å være særlig stort på dette området. Et vedtak om å lukke dørene i formannskapetets behandling av alle slike saker må kreve en nærmere avveining av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende. En så vidt-rekkende reglementsbestemmelse om lukking av dørene samsvarer ikke med de formål som ligger til grunn for lovens møteoffentlighetprinsipp.

Slik saken er opplyst og etter gjennomgangen av sakens rettslige sider, knytter det seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg ber derfor Nesna kommunestyre vurdere nødvendigheten og i tilfelle rekkevidden av å ha en generell, reglementsfast bestemmelse om å lukke dørene i *alle* møter der formannskapet forbereder saker som gjelder økonomiplan og årsbudsjett. I denne sammenheng bes kommunen spesielt merke seg de krav til begrunnelse som gjelder når det er tale om å treffe vedtak etter kommuneloven § 31 nr. 5.

Jeg ber om å bli holdt orientert om hva kommunen foretar seg i saken.»

## 16.

### Lukka budsjettkonferanse i Hjelmeland kommune

(Sak 2007/49)

*Hjelmeland kommune nekta avisa Strandbuen tilgang til budsjettkonferansen til kommunen.*

*Det var tvil om kommunen si avgjerd om å halde alle sesjonane på konferansen for lukka dører var i tråd med kommunelova § 31 nr. 1. Når administrasjonen for eit samla formannskap går gjennom mellom anna økonomiske rammer og føringar for kommunesektoren i statsbudsjettet og konsekvensar av dette for administrasjonen sitt vidare arbeid med økonomiplan, budsjett m.v., legg dei premisser for dei folkevalde si vidare handsaming på eit vis som innbyggjarane bør ha høve til å følgje med på. I alle høve er det ikkje alltid naudsynt med drøftingar om realiteten for at § 31 nr. 1 skal gjelde. Ombodsmannen bad kommunen om å take omsyn til desse synspunkta ved liknande samlingar i framtida.*

Hjelmeland kommune såg ikkje budsjettkonferansen til kommunen som møte i folkevalt organ etter kommunelova 25. september 1992 nr. 107 § 31 nr. 1. Avisa Strandbuen vart difor nekta tilgang til møtet.

På grunnlag av klage frå Strandbuen bad ombodsmannen Hjelmeland kommune om å gjere greie for kvifor konferansen etter kommunen sitt syn ikkje

var møte i folkevalt organ etter kommunelova § 31 nr. 1. Kommunen synte i svarbrevet til at samlinga «var av rein *orienterende* karakter, der det ikkje vart gjennomført ordinær saksbehandling i noko konkret forvaltningssak». Programposten «Orienteringar om økonomi, budsjett og HP» var «ei gjennomgang ved administrasjonen av tidlegare gitte og politiske vedtekne økonomiske rammer i kommunen, sett i lys av sentralt gitte økonomiske rammer og føringar for kommunesektoren i nyleg framlagd Statsbudsjett, og konsekvensar av dette for administrasjonen sitt vidare arbeid med økonomiplan, budsjett m.m.» Kommunen peikte på at samlinga også hadde anna innhald, og at «Fagsamling» eller «Fagtur» kanskje hadde vore ei betre nemning enn konferanse. Programmet for konferansen låg ved kommunen sitt brev.

Strandbuen stilte spørsmål om kommunen kan «løfta ut» orienteringssaker i særskilt møte. I alle høve var også orienteringssaker etter avisa sitt syn sakshandsaming. Kommunen gjekk i mot at orienteringssaker vart løfta ut slik avisa hevda, og heldt fram at det avgjerande er at det ikkje var noko form for aktiv deltaking frå dei folkevalde under orienteringane på konferansen.

### Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Kommunelova § 31 nr. 1 slår fast at møte i folkevalde organ skal haldast for opne dører. Kva som er eit møte i eit folkevalt organ har eg gjeve fråsegner om tidlegare, sjå til dømes ombodsmannen si årsmelding for 2003 s. 16. I vurderinga må mellom anna omsynet til «demokratisk kontroll» vere retningsgjevande, og vidare at opne møte «bidrar til å skape større innsikt i og dermed forståelse for hva som skjer i kommunal/fylkeskommunal forvaltning», jf. NOU 1990: 13 s. 109.

Slik kommunen held fram, kan det i ei viss utstrekning haldast kurs, samlingar og orienteringar for dei folkevalde utan at § 31 nr. 1 gjeld. Det må i så fall vere klart at kommunikasjonen går ein veg, og at dei folkevalde ikkje på nokon måte tek til å drøfte realitetar, sjå Overå og Bernt, Kommuneloven med kommentarer, 4. utgåve, s. 232. Om møtet reelt er ein del av den kommunale prosessen fram mot avgjerd, fell det normalt innfor § 31 nr. 1. Kva møtet vert kalla og kor det vert halde, er ikkje viktig.

Den skriftlege sakshandsaminga her gjev ikkje høve til å vurdere nærare kommunen si fråsegn om at det på konferansen berre vart gjeve orientering frå administrasjonen, og ikkje innspel frå dei folkevalde, og eg må leggje kommunen si utgreiing til grunn. Likevel talar mykje for at delar av samlinga fell innfor § 31 nr. 1 ut frå dei omsyna regelen byggjer på. Når rådmannen, kommunesjefane og økonomileiaren for eit samla formannskap går gjennom «tidlegare gitte og politiske vedtekne økonomiske rammer i kommunen, sett i lys av sentralt gitte økonomiske rammer og føringar for kommunesektoren i

nyleg framlagd Statsbudsjett, og konsekvensar av dette for administrasjonen sitt vidare arbeid med økonomiplan, budsjett m.m.» (svarbrevet til kommunen), legg dei premiss for dei folkevalde si vidare handsaming på eit vis som innbyggjarane bør ha høve til å følgje med på. Eg kan vanskeleg sjå anna enn at formannskapet og kommunestyret i arbeidet med budsjettet vil sjå hen til og vise til det som kom fram i ein slik konferanse under til dømes temaet «Orienteringar om økonomi, budsjett og HP», sjølv om dei ikkje kjem med synspunkt under sjølve konferansen. Denne delen av konferansen er såleis ei innleiande fase i dei folkevalde sitt arbeid med budsjettet som vanskeleg kan skiljast frå resten på ein slik måte at han fell utanfor § 31 nr. 1.

Eg syner også til at det for ålmenta kan vere vanskeleg å forstå at det på ein budsjettkonferanse for administrasjon og formannskap ikkje vart diskutert, berre orientert.

I alle høve er det ikkje alltid naudsynt med drøftingar om realiteten for at § 31 nr. 1 skal gjelde. I saka som er referert i årsmeldinga til ombudsmannen for 2005 s. 107 (Somb-2005-16) mottok eit formannskap orientering frå ei bedrift om status og planar i bedrifta. Eg uttalte mellom anna:

«Etter min mening må det anses som ledd i den kommunale saksbehandlingen når en bedrift i en kommune - etter initiativ fra formannskapet - gir en orientering til dette organet om forhold i bedriften. Begrepet saksbehandling omfatter også en slik ren orientering. Dersom formannskapet er samlet for å få en orientering om forhold som ligger under dets arbeidsområde, vil dette således være tilstrekkelig for at sammenkomsten skal karakteriseres som «møte» i kommunelovens forstand.» (s. 109)

Det same gjeld når formannskapet mottok ei orientering frå administrasjonen om «grovregistrering av innkomne forslag til driftsnivå og tiltak» (svarbrevet til kommunen) i arbeidet med økonomiplan og budsjett, især fordi disponeringa av kommunen sine midlar er den viktigaste saka i året - for kommunen og for innbyggjarane.

Etter dette er det «begrunnet tvil» om kommunen si avgjerd om å halde alle sesjonane på konferansen for lukka dører var i tråd med kommuneloven § 31 nr. 1, jf. ombudsmannslova § 10 fyrste ledd siste punktum. Eg vil difor bede kommunen om å take omsyn til mine synspunkt ved liknande samlingar i framtida. Det er også grunn til å peike på at møte som fell utanfor påbodet om opne dører i § 31 nr. 1, ofte bør vere opne ut frå omsyna bak regelen. Eg kan ikkje sjå at Hjelmeland kommune har vist til gode grunnar for å halde denne konferansen lukka. Saka syner også at lukka dører kan føre til spekulasjonar og misoppfatningar, medan opne dører normalt gjev større forståing for kommunen sitt arbeid.»

## 17.

### Sakliste til formannskapsmøte om rådmannens ansettelsesforhold

(Sak 2007/562)

*Rådmannens ansettelsesforhold ble drøftet av formannskapet i Kongsberg kommune i to ekstraordinære møter, uten at det var utarbeidet saklister til møtene. Saklister ble skrevet og gjort tilgjengelige for allmennheten først etter at det var inngått fratredelsesavtale med rådmannen.*

*Ombudsmannen fant det tvilsomt om denne fremgangsmåten var i tråd med kommuneloven § 32 nr. 2 og 3 og offentlighetsloven § 2 annet ledd, hvorefter det skal utarbeides sakliste som skal være tilgjengelig for allmennheten før møtet. Ut fra lovens ordlyd og lovgivers intensjoner uttalte ombudsmannen at adgangen til å unnta saker fra saklisten synes meget begrenset. Det er neppe anledning til å unnlate helt å utarbeide sakliste ved formannskapsbehandling av personalsak, selv med de ulemper det innebærer at det da trolig blir kjent at det gjelder rådmannen. I nåværende rettslige situasjon, med en så vidt klar hovedregel, synes det å være en lovgiveroppgave eventuelt å utvide adgangen til å unnta saker fra møtekartet.*

Formannskapet i Kongsberg kommune behandlet i ekstraordinært møte daværende rådmanns arbeidsforhold, og det ble besluttet å iverksette videre interne drøftelser om forholdet. I nytt ekstraordinært møte ble ordføreren gitt fullmakt til å fremforhandle fratredelsesavtale med rådmannen. Saklister og referater for begge møtene ble skrevet og offentliggjort etter at fratredelsesavtale var inngått.

Norsk Presseforbund fremholdt i klage til ombudsmannen at saklister for de to ekstraordinære formannskapsmøtene skulle vært utarbeidet og gjort tilgjengelige for allmennheten før møtene, jf. kommuneloven § 32 nr. 3 første punktum og offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum. Presseforbundet anførte også at møtene skulle vært holdt for åpne dører, jf. hovedregelen i kommuneloven § 31 nr. 1. Temaet for møtene var spørsmålet om daværende rådmanns arbeidsforhold skulle avsluttes. Ombudsmannen la til grunn at møtene gjaldt en personalsak, som etter kommuneloven § 32 nr. 3 skal behandles for lukkede dører. Det var derfor ikke rettslig grunnlag for å gå videre med spørsmålet om åpne eller lukkede dører.

Kongsberg kommune ble imidlertid bl.a. spurt om det ble utarbeidet saklister til de ekstraordinære formannskapsmøtene, og i avkreftende fall hvorfor det ikke ble gjort. Kommunen ble bedt om å vurdere om saklister kunne vært utformet på en måte som ikke kom i konflikt med taushetsplikten eller eventuelt tungtveiende hensyn som talte for hemmelighold om møtenes innhold.

Kommunen svarte at det ikke ble utarbeidet

skriftlige saklister til de ekstraordinære formannskapsmøtene i forkant av møtene, og at formannskapets medlemmer ble innkalt muntlig. Saklister og møtereferater ble «skriftliggjort og så offentliggjort» etter at fratredelsavtale var inngått med rådmannen.

Med henvisning til ombudsmannens uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2004 s. 116 fremholdt kommunen at det forelå «særlige grunner/påtrengende behov» for å behandle rådmannens ansettelsesforhold uten at skriftlig sakliste var satt opp. Det ble særlig fremhevet at:

- Kommunens politikere hadde som arbeidsgiver for rådmannen behov for å drøfte hans stilling uten at han var kjent med det. Rådmannen ville blitt kjent med at formannskapet skulle drøfte hans ansettelsesforhold hvis det ble utarbeidet saklister, siden det er han som forbereder saker til det politiske nivået.
- Forhandlingene med rådmannen om fratredelsavtale ville blitt vesentlig vanskeliggjort dersom det ble kjent gjennom pressen at de pågikk.
- Det ville vært vanskelig for rådmannen å eventuelt fortsette i stillingen hvis det var kjent for allmennheten at han hadde forhandlet med kommunen om mulig fratredelse.
- Kommunen må normalt kompensere rådmannen økonomisk når det i slike saker gis personomtale i media.

Opp mot offentlige interesser og personvernhen-syn som tilsa hemmelighold kunne ikke pressens ønske om kunnskap om at det pågikk vurdering av ansettelsesforholdet, få gjennomslag.

Det var etter kommunens syn ikke mulig å om-tale saken i saklisten som for eksempel «personalsak», fordi formannskapsbehandling av en personalsak ville gi grunnlag for antakelse om at det gjaldt rådmannen. Kommunen kunne ikke «angi saker med intetsigende tekst» eller «uriktige opplysninger om hvilke saker som skal behandles».

Til dette fremholdt Norsk Presseforbund bl.a. at kommunens syn ikke var forankret i lov, og pekte på at «det er knyttet en løpende, legitim allmenn interesse» til rådmannsstillingen.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Etter kommuneloven § 32 nr. 2 første punktum har formannskapets leder, ordføreren, ansvaret for at det settes opp sakliste for det enkelte møte. Saklisten «skal være tilgjengelig for allmennheten», jf. nr. 3 første punktum. Av offentlighetsloven § 2 annet ledd følger det at allmennheten har rett til innsyn i «møtekart til folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner».

Ved innføringen av bestemmelsen i offentlighetsloven i 1982 uttalte Justisdepartementet at den innebærer «full offentlighet for hele møtekartet, men adgang til utstryking og anonymisering av den en-

kelte sak», jf. Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 14. Det er antatt at saklisten bør føres etter retningslinjene i arkivforskriften § 2-7, og anonymisering vil nok ofte være en følge av forbudet mot å offentliggjøre taushetspliktige opplysninger.

Kongsberg kommune har trukket frem at dersom det ble ført opp «personalsak» på offentlig sakliste til formannskapets ekstraordinære møter, ville rådmannen og allmennheten trolig forstå at det dreide seg om rådmannen fordi formannskapet behandler svært få personalsaker. Ut fra lovens ordlyd og lovgivers intensjoner synes adgangen til å unnta saker fra saklisten meget begrenset. Jeg kan på rettslig grunnlag vanskelig se at formannskapsdrøfting av rådmannens ansettelsesforhold er en sakstype hvor det kan unnlates å utarbeide sakliste i forkant av møtet.

Da regelen om offentlighet for møtekart i offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum ble innført i 1982, gjaldt den bare for formannskap og fylkesutvalg, uten at jeg kan se at det ble drøftet om det skulle gjøres unntak for personalsaker. Spørsmålet ser heller ikke ut til å ha blitt berørt ved utvidelsen til alle folkevalgte organer i 1992 i forbindelse med vedtakelsen av någjeldende kommunelov.

I Arvid Frihagen, Offentlighetsloven Bind I, 3. utgave, s. 207 legges det om personalsaker til grunn at «også *personalsaker* skal stå oppført i det offentlig tilgjengelige møtekart», selv om det ved behandling av slike saker ofte vil komme frem taushetsbelagte opplysninger og de alltid skal behandles for lukkede dører, jf. kommuneloven § 31 nr. 3 siste punktum. Påbudet om å behandle personalsaker for lukkede dører synes for øvrig i seg selv å forutsette at det også i slike saker skal foreligge en sakliste. Hensynet til hemmelighold overfor rådmannen og allmennheten kan ikke begrunne at det ikke ble utarbeidet skriftlige offentlige saklister til de ekstraordinære formannskapsmøtene. Det skal dog nevnes at formannskapet nok behandlet flere personalsaker i 1982 enn i dag.

De øvrige forhold kommunen peker på synes også i hovedsak å være følger av kommune- og offentlighetslovens system. Jeg kan se at det ville vanskeliggjort drøftelser og forhandlinger, samt eventuelt videre ansettelsesforhold, dersom det ble offentlig kjent at kommunen vurderte rådmannens ansettelsesforhold. Ut fra den klare ordlyden og forarbeidene kan imidlertid disse forholdene neppe begrunne unntak fra plikten til å utarbeide offentlig sakliste.

Jeg er enig med partene i at det ikke er en god løsning å angi saken med intetsigende tittel eller lignende, slik Frihagen kan synes å ha angitt som en mulighet. Han antar at det unntaksvis «vil være forsvarlig at en sak hemmeligholdes helt», og at saken da kan angis med «en helt nøytral og intetsigende post i møtekartet» (op. cit. s. 208). Synspunktet er ikke utdypet.

Hvilke saker som eventuelt kan unntas helt fra

saklisten, synes heller ikke nærmere angitt av lovgiver. Det ser imidlertid ut til å i første rekke dreie seg om saker som strykes eller gis lite informativ tittel på en eksisterende sakliste, ikke en adgang til å ikke utarbeide sakliste overhodet, jf. sitatet fra Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 14 ovenfor.

I nåværende rettslige situasjon, med en så vidt klar hovedregel, synes det å være en lovgiveroppgave å eventuelt utvide adgangen til å unnta saker fra møtekartet. Innholdet i bestemmelsen i offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum er for øvrig videreført i § 16 første ledd bokstav b i ny offentlighetslov.

Til dette kommer at det knytter seg særlig offentlig interesse til stillingen som øverste leder for den kommunale administrasjonen. Det kan derfor være av betydning - undertiden også for sakens opplysning - at kommunens innbyggere blir kjent med at de folkevalgte vurderer rådmannens ansettelsesforhold før drøftelser, forhandlinger m.v. er sluttført.

Kommunen har vist til min uttalelse inn tatt i ombudsmannens årsmelding for 2004 s. 116. Om adgangen i kommuneloven § 34 nr. 1 annet punktum til å treffe vedtak i saker som ikke er ført opp på saklisten, sa jeg bl.a.:

«Forarbeidene fremholder at det ville være upraktisk og strengt helt å avskjære adgangen til å ta opp saker utenom saklisten, se NOU 1990: 13 s. 168. I Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 130 er behovet for regelen begrunnet i ønsket om å kunne behandle hastesaker. Jeg oppfatter forarbeidene slik at kommunestyret bare unntaksvis bør behandle saker utenom sakskartet, og fortrinnsvis der det foreligger et påtrengende behov for dette.»

Det er med andre ord i første rekke hastesaker som i unntakstilfelle kan tas opp utenom dagsorden, og da normalt i et møte hvor det allerede foreligger et sakskart. Slik denne saken ligger an, kan jeg ikke se at tidshensyn tilsa behandling uten sakliste, og det synes heller ikke anført. Jeg kan vanskelig se at § 34 nr. 1 annet punktum ga adgang til den fremgangsmåten som er valgt i denne saken.»

Siden de ekstraordinære formannskapsmøtene var avholdt og det ikke var mulig å gjøre om saksbehandlingen vedrørende disse møtene, avsluttet jeg med å be kommunen om å merke seg mine synspunkter til senere saker.

## Tilsetting i offentlige stillinger, offentlige tilsetningsforhold

### 18.

#### Tilsetting av avdelingssykepleier – manglende skriftlig begrunnelse

(Sak 2006/1412)

*En kommune unnlot å innstille og ansette en søker til en stilling som avdelingssykepleier. Søkeren hadde sagt opp, men trakk tilbake sin oppsigelse av den aktuelle stillingen.*

*Kommunens begrunnelse forelå ikke skriftlig, og avgjørelsen var ikke nærmere begrunnet eller dokumentert i ettertid. Det var derfor ikke mulig for ombudsmannen å kontrollere om kommunens vurderinger var utslag av usaklige eller utenforliggende hensyn. Kommunens saksbehandling og manglende skriftlighet i tilsetningsprosessen var egnet til å svekke tilliten til kommunens avgjørelse.*

A ble fast ansatt i stilling som 80 % sykepleier og 20 % avdelingssykepleier ved et sykehjem. Om lag tre år senere søkte og fikk hun stilling i en annen kommune, og sa dermed opp stillingen i kommunen. Senere fikk hun råd fra fagforbundet om å trekke tilbake oppsigelsen, i lys av saksbehandling og medieoppmærksomhet knyttet til anmeldelse og tilsynssak i kjølvannet av at en pasient ved sykehjemmet hadde omkommet. Arbeidsgiver ble gjort oppmerksom på dette muntlig, og deretter skriftlig. Kommunen etterkom ikke hennes ønske, og viste til at stillingen allerede var lyst ut og tilsetningsprosessen satt i gang.

A var én av åtte søkere til stillingen, og hun ble innkalt til intervju som en av to søkere. Det var uenighet i intervjugruppen. I et brev fremgikk det at hovedtillitsvalgt fra Norsk Sykepleierforbund mente det ville være i strid med god forvaltningsskikk å tilsette andre enn A, ettersom hun som eneste søker hadde relevant praksis og formell videreutdanning. Flertallet i intervjugruppen ga likevel kommunen tilråding om å ansette den andre søkeren, til tross for at han ikke hadde videreutdanning eller tidligere erfaring som leder. Kommunen tilsatte B i stillingen under forutsetning av at han tok lederutdanning innen to år.

A ba ombudsmannen vurdere saksbehandlingen og «de faktisk formelle forhold som skjedde fram til ansettelsen av en mindre egnet søker». A fremholdt at hun hadde fungert i stillingen i flere år, og at hun var godt innarbeidet i sykehjemmets rutiner og ansvarsforhold. Hun opplyste at hun selv, en av hennes medarbeidere og kommunen ble anmeldt av de pårørende til en pasient som døde ved sykehjemmet. Saken fikk bred dekning i media, og det ble reist tilsynssak ved helsetilsynet. A antok at saken hadde hatt betydning i tilsetningsprosessen og fryktet at forbigåelsen var uttrykk for kommunens forhåndsdømming.

I brev herfra ble kommunen bedt om å redegjøre nærmere for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen som ble foretatt mellom den tilsatte og A, herunder om hun ble ansett kvalifisert for stillingen. I den anledning ble det vist til at bare én søker var innstilt, og at det i tilrådingen fremgår at stillingen skulle lysnes ut på nytt dersom B takket nei. Kommunen ble også bedt om å kommentere brevet fra den hovedtillitsvalgte, der det fremgikk at A var den eneste søkeren som oppfylte kompetansekravene i stillingsinstruksen. Endelig ble kommunen bedt om å oversende eventuelle skriftlige opplysninger om de vurderinger som var gjort, spesielt skriftlige nedtegninger om kvalifikasjonsvurderingen av A.

Kommunen opplyste at A ikke ble ansett som kvalifisert for stillingen «grunnet manglende personlige egenskaper». Det ble i denne sammenheng blant annet vist til «store problem med kommunikasjon og samarbeid mellom avdelingssykepleier og de andre ansatte», og til at hennes «intervju gav preg av at hun ikke var interessert og ikke hadde noen visjoner om hvordan hun skulle lede avdelingen». Kommunen opplyste videre at den var uenig med hovedtillitsvalgtes vurdering av kvalifikasjonskravene, og at den ikke var kjent med at A hadde fullført videreutdanning. Kommunen opplyste at det ikke forelå skriftlige notater fra intervjuene. Referanser ble innhentet på begge søkerne, men ble ikke nedtegnet.

A kom med merknader til kommunens svar, der hun tilbakeviste påstandene om at det hadde vært problemer med kommunikasjonen mellom henne og de andre ansatte på avdelingen, og påstandene om at hun ikke skulle ha vært personlig egnet for stillingen. Hun viste til og ga sin versjon av en del situasjoner og forhold ved sykehjemmet som hun antok at kommunen hadde lagt vekt på i vurderingen. Hun fremholdt også at hun forut for intervjuet hadde vært gjennom en vanskelig periode som på tidspunktet for intervjuet ennå ikke var over, og at hun derfor kanskje ikke fikk klart nok frem sine visjoner for driften av avdelingen.

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

#### *«1. Saksbehandlingen - kravet til en skriftlig prosess*

Kommunen har opplyst at vurderingen av As kvalifikasjoner ikke foreligger skriftlig. Det er heller ikke nedtegnet noe fra intervjuene eller fra innhenting av referanser.

Det er et grunnleggende ulovfestet krav til all offentlig forvaltning at avgjørelsene skal være saklig begrunnet, og at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Et utslag av dette prinsippet er forvaltningsloven §§ 24 og 25, som gir parter rett til begrunnelse. Lovgiver har bestemt at disse bestemmelsene ikke skal gjelde i tilsettingssaker, se forvaltningsloven § 3 andre ledd. Dette betyr at søkere ikke har krav på begrunnelse i saker som gjelder tilsetting i stat og

kommuner. Det betyr ikke at lovgiver har gjort unntak fra tilsettingsmyndighetens plikt til saklig begrunnelse og forsvarlig saksbehandling.

Tilsettingsorganet må derfor innrette sin saksbehandling slik at disse grunnleggende kravene ivaretas på alle trinn i tilsettingsprosessen. Når forvaltningen benytter seg av adgangen til ikke å utarbeide skriftlig begrunnelse til partene, blir det særlig viktig å se hen til hvilke krav de ulovfestede reglene stiller til skriftlig nedtegning av det faktiske grunnlaget og de vurderingene som ligger til grunn for tilsettingsorganets avgjørelse.

Hensynet til god forvaltningsskikk tilsier at hovedpunktene i tilsettingsprosessen alltid nedtegnes skriftlig. Erfaring tilsier at skriftlighet er egnet til å bevisstgjøre beslutningstakere, og dermed sikre at forvaltningen treffer korrekte avgjørelser med saklig begrunnelse. Dokumentasjon vil også lette andres tilgang til de avgjørende omstendigheter i en sak, som igjen kan sikre likebehandling. Hensynet til bevissikring og sakens opplysning for domstolene og Sivilombudsmannen, tilsier også at avgjørelsens faktiske grunnlag og tilsettingsorganets vurderinger nedtegnes skriftlig. Dette bidrar igjen til å styrke tilliten til at forvaltningens avgjørelser ikke bygger på utenforliggende eller usaklige hensyn. Under enhver omstendighet må tilsettingsorganet innrette sin virksomhet slik at det er mulig å føre kontroll med forvaltningens avgjørelser.

I denne saken fremsto søkeren som kvalifisert ut fra utdanning og praksis. Hun hadde også hatt den utlyste stillingen i mer enn to år. Når tilsettingsmyndigheten i en slik situasjon konkluderer med at søkeren ikke er kvalifisert, er det særlig viktig å nedtegne skriftlig de faktiske opplysninger og vurderinger som ligger til grunn for avgjørelsen. I denne saken mener jeg at mangelen på skriftlige nedtegnelser er et klart brudd på de ulovfestede prinsippene om forsvarlig saksbehandling, som igjen er egnet til å svekke tilliten til tilsettingsmyndighetens avgjørelse.

### *2. Kvalifikasjonsvurderingen*

Til ombudsmannen har kommunen opplyst at A «manglet personlige egenskaper», og at hun av den grunn «ikke [ble] vurdert som kvalifisert til stillingen». Jeg legger til grunn at dette var avgjørende for at hun ikke ble innstilt.

Tilsettingsmyndighetens vurdering av søkerens personlige egnethet for stillingen beror på bevismessige og skjønnsmessige forhold som ombudsmannen i ettertid har begrensede muligheter til å overprøve. Det er ikke mulig for meg å etterprøve kommunens påstander om problemer med kommunikasjon og samarbeidsproblemer, og som etter det jeg forstår hadde betydning for kommunens vurdering av hennes egnethet for stillingen.

Jeg kan imidlertid uttale meg om tilsettingsmyndighetens avgjørelse i tilfeller der det er holdpunkter for at tilsettingsorganet har lagt vekt på usaklige

eller utenforliggende hensyn, eller der avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Ettersom avgjørelsen ikke er dokumentert eller nærmere begrunnet overfor meg, kan jeg ikke utelukke at tilsettingsmyndigheten har lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn. På den annen side kan jeg heller ikke fastslå om det er, eller ikke er, lagt vekt på slike hensyn. Mangelen på skriftlige opplysninger om faktum og vurderinger er under enhver omstendighet egnet til å svekke tilliten til tilsettingsmyndighetens avgjørelse.

Tilsettingen er nå gjennomført, og den tilsatte har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min undersøkelse av klagen får følgelig ingen konsekvenser for den avgjørelsen tilsettingsmyndigheten her har truffet. I denne saken nøyer jeg meg derfor med å be kommunen om å innrette seg etter mitt syn på saksbehandlingen i fremtidige tilsettingssaker.»

## 19.

### **Tilsetting av undervisningsinspektør – mangelfull utlysningstekst og saksutredning**

(Sak 2007/1557)

*A mente han var forbigått ved tilsetting i et vikariat som undervisningsinspektør. Kommunen mente at A ikke var kvalifisert for stillingen, fordi han ikke oppfylte lovbestemte krav til undervisningspersonell ved ungdomsskoler. I utlysningsteksten som ble benyttet, fremgikk det ikke at det ble stilt krav til undervisningskompetanse.*

*Ombudsmannen kritiserte kommunen for å ha benyttet en mangelfull utlysningstekst. Kommunen ble også kritisert for at det ikke var blitt undersøkt om A kunne vært tilsatt uten å komme i strid med de lovbestemte kravene til undervisningspersonell. Slik saken var opplyst fant ombudsmannen ikke grunnlag for å uttale seg om A skulle vært tilbudt stillingen fremfor søkeren som ble tilbudt stillingen.*

X kommune lyste ut et vikariat som undervisningsinspektør ved Y ungdomsskole for undervisningsåret 2007/2008. I utlysningsteksten ble det opplyst at hovedoppgavene for undervisningsinspektøren var administrasjon av grunnskole og voksenopplæring, samt andre administrative oppgaver etter avtale med rektor. Det ble også opplyst at skolen hadde en samlet administrativ ressurs på 174 %.

A, som hadde vært tilsatt i tilsvarende vikariat undervisningsåret 2006/2007, var en av fire søkere til stillingen. Før tilsettingsvedtaket ble fattet, ble det inngitt høringsuttalelser, blant annet fra skolens rektor. Rektor, som ikke selv deltok i tilsettingsutvalget («partssammensatt utvalg»), foreslo å tilby A stillingen, med en annen søker, B, som reserve. Partssammensatt utvalg vedtok imidlertid å tilsette B, med de to øvrige søkerne som reserver. Bakgrunnen for at A verken ble tilbudt stillingen eller innstilt som reserve

var at han ikke hadde formell pedagogisk kompetanse. Han oppfylte derfor ikke kravene til undervisningspersonell i ungdomsskoler etter opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10-1 jf. forskrift til opplæringslova 28. juni 1999 nr. 722 kapittel 14.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Sakens dokumenter ble innhentet fra kommunen. I oversendelsesbrevet fra kommunen ble det bekreftet at A ikke var blitt tilsatt fordi han ikke hadde formell pedagogisk kompetanse. Det ble videre opplyst at rektor og undervisningsinspektør ved Y ungdomsskole til sammen hadde ansvar for seks faste undervisningstimer per uke.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere. I brev til kommunen ble det vist til at den benyttede utlysningsteksten ikke ga opplysninger om at det inngikk undervisning i inspektørstillingen, eller om at det krevdes formell pedagogisk kompetanse. På denne bakgrunn ble det bedt om kommunens syn på hvorvidt det hadde vært anledning til bare å ta i betraktning søkere som hadde slik formell pedagogisk kompetanse. Videre ble det spurt om kommunen hadde sett på muligheten for å omfordele arbeidsoppgaver mellom rektor og undervisningsinspektør, slik at undervisningsinspektøren kunne arbeide i 100 % administrativ stilling. Det ble også spurt om kommunen hadde sett på muligheten for at A kunne ha undervist innenfor voksenopplæringen ved skolen, og om han etter kommunens syn tilfredstilte lovbestemte krav for slik undervisning.

I svarbrevet til ombudsmannen erkjente kommunen at utlysningsteksten ikke hadde vært god nok. Kommunen fremhevet likevel at A, på bakgrunn av sitt tidligere vikariat som undervisningsinspektør, var kjent med at det inngikk undervisning i stillingen. Videre ble det opplyst at rådmannen, som hadde forberedt saken for partssammensatt utvalg, ikke hadde undersøkt om A kunne vært tilsatt i en 100 % administrativ stilling, eller om han kunne ha undervist innenfor voksenopplæringen. Det ble vist til fordelingen av oppgaver og undervisning mellom rektor og undervisningsinspektør var delegert til skolens rektor.

Vedlagt kommunens svarbrev fulgte også en uttalelse fra rektor ved ungdomsskolen. Det ble her opplyst om at rektor, på grunn av mangel på spansklærere ved skolen, trolig måtte undervise i spansk fem faste uketimer undervisningsåret 2007/2008. Videre fremgikk det at skolen blant annet hadde hatt behov for inntil seks uketimer med undervisning innenfor voksenopplæringen det aktuelle skoleåret, og at dette var timer som det kunne vært aktuelt å legge til undervisningsinspektøren.

I et nytt brev til kommunen ble det blant annet bedt om kommunens syn på hvorvidt A, sammen med skolens daværende rektor, ville ha tilfredsstillende krav som opplæringslova § 9-1 stiller med hensyn til en skoles ledelse. Dette ble besvart bekreftende fra kommunens side. Av korrespondansen med kommunen fremkom det også at kommunen ikke hadde

hatt noe å utsette på A det året han allerede hadde vikariert i stillingen som undervisningsinspektør.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Forholdet mellom opplæringslova §§ 9-1 og 10-1

Før jeg går inn på den konkrete saken om tilsetningen ved Y ungdomsskole, finner jeg det hensiktsmessig å komme med noen generelle bemerkninger om opplæringslovas bestemmelser om tilsetninger innenfor skoleverket.

Det følger av opplæringslova § 10-1 at:

«Den som skal tilsetjast i undervisningsstilling i grunnskolen og i den vidaregåande skolen, skal ha relevant fagleg og pedagogisk kompetanse. Departementet gir nærmare forskrifter om krav til utdanning og praksis for den som skal tilsetjast i undervisningsstillingar på ulike årssteg og i ulike skoleslag.»

De nærmere kompetansekravene til undervisningspersonell er fastsatt i opplæringsforskrifta kapittel 14. Etter forskriftens § 14-1 første ledd kreves det som hovedregel «pedagogisk bakgrunn i samsvar med rammeplanane for lærarutdanningane med forskrifter» eller «tilsvarande pedagogisk kompetanse». For undervisningspersonell innenfor voksenopplæringen åpner imidlertid § 14-1 annet ledd for at det også kan tilsettes personer som ikke oppfyller vilkårene i første ledd, forutsatt at «vedkommande har vesentleg erfaring med opplæring av vaksne og er eigna til undervisning av vaksne».

De lovbestedte kravene etter opplæringslova § 10-1 jf. opplæringsforskrifta er i utgangspunktet absolutte. Opplæringslova § 10-6 åpner kun for midlertidig tilsetning av personer som ikke oppfyller de lovbestedte kravene dersom heller ingen av de andre søkerne oppfyller kravene.

Opplæringslova § 10-1 gjelder tilsetninger i undervisningsstillinger. Tilsetning i inspektørstillinger, som utgjør en del av skolens ledelse, reguleres i utgangspunktet av opplæringslova § 9-1 første ledd:

«Kvar skole skal ha ei forsvarleg fagleg, pedagogisk og administrativ leiing.»

Kravet i § 9-1 første ledd knytter seg til skolens samlede ledelse. Det er ikke noe krav om at den enkelte person i ledelsen skal ha formell undervisningskompetanse, undervisningserfaring mv. Skal en person i ledelsen også undervise, følger det imidlertid av § 10-1 at vedkommende av denne grunn må oppfylle de krav til formell pedagogisk kompetanse mv. som gjelder for slik undervisning. Det vises i denne sammenheng til Helgeland, Opplæringslova, kommentarutgave (2.utg. 2006), s. 245 flg.

Konsekvensen av at en inspektørstilling kombineres med undervisning, blir med andre ord at søkere som isolert sett er kvalifiserte for det administrative arbeidet som inspektør, likevel ikke kan tilsettes fordi de ikke oppfyller kravene etter opplæringslova

§ 10-1. Forvaltningen har likevel anledning til å kombinere stillingsfunksjoner på denne måten. Særlig vil dette kunne være aktuelt i tilfeller hvor skolens administrative ressurs ikke i seg selv er tilstrekkelig til å tilby inspektører eller andre administrativt tilsatte fulltidsstillinger.

For søkere som oppfyller de lovbestedte kravene som gjelder for en stilling som omfattes av opplæringslova, følger det av lovens § 10-5 at den best kvalifiserte søkeren skal tilsettes. Dette er en kodifisering av det alminnelige kvalifikasjonsprinsippet som gjelder ved tilsetninger i den offentlige forvaltningen.

#### 2. Utlysningen av vikariatet som undervisningsinspektør for skoleåret 2007/2008

Målet i en tilsetningsprosess er å finne frem til den kandidaten som er best egnet for stillingen. Utlysningsteksten er et ledd i dette arbeidet, og må følgelig gi en dekkende beskrivelse av stillingen som utlyses, og av hva slags kompetanse som vil bli særlig vektlagt ved vurderingen av søkerens kvalifikasjoner. Tilsetningsmyndighetene vil i stor grad være bundet av den utlysningsteksten som faktisk er blitt benyttet, ved at det ved vurderingen av søkerens kvalifikasjoner først og fremst skal legges vekt på forhold som fremgår av denne teksten. Finner tilsetningsmyndigheten at den benyttede teksten er mangelfull, for eksempel ved at den ikke angir alle sentrale krav til søkerne, må stillingen som hovedregel lyses ut på nytt med endret utlysningstekst. Det vises i denne sammenheng til Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (4. utg. 2006), s. 207 flg.

Som tidligere nevnt inneholdt utlysningsteksten for vikariatet som undervisningsinspektør ved Y ungdomsskole ingen opplysninger om at det var lagt undervisning til stillingen. Riktignok ble det opplyst om at skolen hadde en samlet administrativ ressurs på 174 %, men det ble ikke opplyst at inspektørstillingen inneholdt mindre enn 100 % administrasjon.

Utlysningsteksten som ble benyttet fremstår således som klart mangelfull. Dersom partssammenlagt valg bare ville vurdere søkere som også var kvalifisert til å undervise, skulle derfor stillingen vært utlyst på nytt med en utlysningstekst hvor dette kom klart frem. At slik ny utlysning ikke ble gjennomført, samtidig som A ikke ble tatt i betraktning fordi han ikke hadde formell pedagogisk kompetanse, må derfor anses som en saksbehandlingsfeil.

For ordens skyld bemerkes det at en mangelfull utlysningstekst selvsagt ikke gir tilsetningsmyndigheten anledning til å fatte et tilsetningsvedtak som er i strid med lovfestede kompetansekrav. Ettersom øvrige søkere til vikariatet som undervisningsinspektør oppfylte de lovfestede kompetansekravene etter opplæringslova mv., ville det ved en eventuell tilsetning av A ikke vært rettslig adgang til å sette ham til undervisning som etter loven forutsetter formell pedagogisk kompetanse.

### 3. Tilsettingsmyndighetens utredning av saken

Tilsetninger i forvaltningen er å anse som enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967, jf. lovens § 2 annet ledd. Av § 17 følger det at et forvaltningsorgan som fatter vedtak i en tilsettingssak, har et selvstendig ansvar for å påse at saken er tilstrekkelig opplyst før tilsetningsvedtaket fattes. Utredningsplikten innebærer etter omstendighetene også en plikt for forvaltningsorganet til å innhente opplysninger gjennom egne undersøkelser. Hvor langt undersøkelsesplikten går, vil bero på en avveining mellom sakens viktighet og velferdsmessige betydning for partene, og hensynet til en rask saksbehandling og forsvarlig bruk av ressurser. Det vises til Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8.utg. 2006), s. 249 flg. og mine uttalelser inntatt i årsmeldingene for henholdsvis 1997 på side 97 (Somb-1997-17) og 2006 på side 158 (Somb-2006-39).

Som det fremgår av uttalelsen fra rektor ved Y ungdomsskole 12. september 2007, var det på tilsetningstidspunktet en reell mulighet for at fem av de til sammen seks undervisningstimene som ledelsen skulle dele, ville falle på rektor. Videre fremgår det at det kunne bli aktuelt å benytte inntil seks timer av ledelsens undervisningskapasitet innenfor voksenopplæringen (VO). På bakgrunn av de opplysningene X kommune har gitt, må det legges til grunn at partssammensatt utvalg ikke hadde kjennskap til noen av disse omstendighetene da vedtaket i tilsettingssaken ble fattet, og at det heller ikke ble foretatt noen vurdering av om A kunne anses kvalifisert for undervisning innenfor voksenopplæringen.

Kommunen har i sine brev hit vist til at Y ungdomsskole ikke hadde gitt tilsettingsmyndigheten informasjon om at det kunne være aktuelt å benytte undervisningsinspektør i en 100 % stilling, eller til undervisning innen voksenopplæring. Til dette bemerkes at partssammensatt utvalg, som var den beslutningsdyktige instansen, etter forvaltningsloven § 17 hadde et selvstendig ansvar for å påse at saken var tilstrekkelig opplyst før utvalget fattet vedtak. Sett hen til at utlysningsteksten ikke oppstilte krav om formell pedagogisk kompetanse, at Y ungdomsskole også hadde ansvar for voksenopplæring, og at rektor ved Y ungdomsskole hadde foreslått å tilsette A, burde tilsettingsmyndigheten ha undersøkt nærmere hvorvidt det ville være praktisk mulig å tilsette A uten å komme i strid med kompetansekravene etter opplæringslova.

Det fremstår på denne bakgrunn som et brudd på utredningsplikten at kommunen ikke har undersøkt om det var mulig at A kunne arbeide i rent administrativ stilling, eventuelt undervise innenfor voksenopplæringen.

---

#### Konklusjon:

Det foreligger saksbehandlingsfeil fra kommunens

side. For det første er det benyttet en utlysningstekst som er mangelfull, ettersom det ikke er gitt opplysninger om at det kunne inngå undervisning i stillingen. For det andre fremstår utredningen av saken mangelfull, ved at A ble avskrevet som ukvalifisert uten at det var undersøkt om det ville være mulig å tilsette ham uten å komme i strid med opplæringslovens bestemmelser.

Slik saken er opplyst, har jeg ikke tilstrekkelig grunnlag for å uttale meg om hvorvidt A kunne anses kvalifisert for undervisning innenfor voksenopplæringen, og om det praktisk sett ville latt seg gjøre å tilsette ham uten å komme i strid med lovbestemte kvalifikasjonskrav. Jeg presiserer også at jeg ikke har tatt stilling til om A måtte anses bedre kvalifisert enn søkeren som ble tilsatt i vikariatet som undervisningsinspektør. Denne søkeren har heller ikke vært part i saken for ombudsmannen, og behandlingen av saken her har ingen konsekvenser for vedkommendes rettsstilling.

Jeg ber kommunen merke seg mine innvendinger mot saksbehandlingen, og innrette saksbehandlingen i fremtidige tilsettingssaker i tråd med dette.»

## 20.

### Manglende intervju og innhenting av referanseopplysninger i tilsettingssak

(Sak 2006/494)

*Fire formelt kvalifiserte søkere til en stilling som kulturkonsulent i en kommune ble ikke ansett å ha de ønskede personlige kvalifikasjonene. Referanseopplysninger ble ikke innhentet, og de ble heller ikke innkalt til intervju.*

*Dette hadde til følge at saken ikke var tilstrekkelig opplyst før avgjørelsen om tilsetting ble tatt. Ombudsmannen ba kommunen om å behandle fremtidige saker i tråd med utredningsplikten. Han anmodet kommunen om å vurdere på nytt klagerens rett til innsyn i opplysninger i saken.*

*Etter ombudsmannens uttalelse ga kommunen beklagelse offentlig og overfor klagerne personlig. Videre ble klagerne gitt innsyn i vurderinger av dem, samt økonomisk kompensasjon. Saksbehandlingen i tilsettingssaker skulle dessuten forbedres.*

Fire søkere til en 100 % fast stilling som kulturkonsulent i X kommune var formelt kvalifisert, men kommunen mente at de ikke hadde de ønskede personlige kvalifikasjonene for stillingen. De ble derfor ikke innkalt til intervju, og referanseopplysninger ble ikke innhentet.

I klage til ombudsmannen mente de fire seg forbigått, og anførte blant annet at «relevant utdanning og praksis/erfaring ikke er riktig vektlagt ved innkalling til intervju og ansettelse».

Ombudsmannen ba kommunen om å redegjøre nærmere for kvalifikasjonsvurderingen, og begrunne utvelgelsen av de søkerne som ble innkalt til inter-



vju. Kommunen ble også bedt om å kommentere følgende påstand i klagen:

«Vår subjektive oppfatning av det som har foregått i denne saken er at ansettelsen i praksis var bestemt allerede før stillingen ble utlyst, og at det viktigste kriteriet som er lagt til grunn er vennskap/bekjentskap. Kultursjefens kulturmedarbeider er gift med den nye kulturkonsulenten.»

Kommunen svarte:

«Etter kultursjefenes vurdering skilte 4 av søkerne seg positivt ut som de best kvalifiserte til stillingen. Disse ønsket han å kalle inn til intervju. Kultursjefen hadde tatt utgangspunkt i stillingens innhold og søkerens kvalifikasjoner/praksis/erfaring. Han gjennomgikk deretter sin vurdering med personalsjefen. Noen av de lokale søkerne med høyere utdanning ønsket han ikke å kalle inn til intervju. Dette på bakgrunn av kultursjefens eller kulturenhetens kjennskap til dem og erfaring med dem fra arbeid i kommunen og i frivillig arbeid. Han vurderte deres personlige egenskaper til ikke å være tilfredsstillende og i samsvar med forventningene til kulturkonsulentstillingen. Kultursjefen begrunnet og konkretiserte innvendingene for personalsjefen angående den enkelte søkeren. Personalsjefen aksepterte kultursjefens begrunnelser og forslag til hvem som skulle innkalles til intervju. Forslaget ble så presentert for arbeidstakerorganisasjonenes representant i ansettelsesutvalget, som aksepterte utvelgelsen av kandidater til intervju.»

Om de fire klagerne hit i forhold til de som ble innkalt til intervju het det:

- «– Etter hovedtariffavtalens bestemmelser (og kommunens ansettelsesreglement) skal det ved tilsetting i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner, dvs. teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen. For denne stillingen er det ikke fastsatt krav om utdanning. Som det tydelig framgår av utlysningsteksten er det i stor grad lagt vekt på personlige egenskaper (skikkethet/egnethet) for stillingen.
- I sin gjennomgang av søknadene vurderte kultursjefen de fire søkerne ikke å være blant de mest aktuelle for stillingen, i første rekke etter vurdering mot kriteriet «skikkethet for stillingen.»»

Herfra ble kommunen så spurt om klagerne kunne gis innsyn i de deler av kommunens brev hit som var merket «Vurderinger: unntatt partsoffentlighet iflg. Fvl § 3 og § 19». Kommunen skrev da en ny utgave av brevet, der ordlyden var uendret, men der deler av avsnittet om vurderinger var unntatt partsoffentlighet. Om det som fortsatt var holdt tilbake skrev kommunen:

«Teksten i disse avsnittene anses av kommunen å være vurderinger etter Forskrift om partsoffentlighet i saker om ansettelse i den offentlige forvaltning, § 3. Kommunen har søkt å trekke grense mellom det som i denne sammenheng må regnes som vurderinger og det som må betraktes som faktiske opplysninger. Beskrivelsene under «Vurderinger (unntatt partsoffentlighet iflg. Fvl § 3 og § 19 jfr. forskrift om partsoffentlighet i

saker om tilsetting i den offentlige forvaltning § 3)», kan i noen grad oppfattes som faktiske opplysninger. Vurderingene ble utarbeidet i forbindelse med utredningen av søkerens egnethet til å fylle stillingen som kulturkonsulent i henhold til utlysningsteksten. Dersom Sivilombudsmannen mener at vurderingene allikevel skal være partsoffentlige, ber vi om at disse avsnittene strykes fra brevet og ikke tas med i vurderinger av saken.»

Klagerne stilte så spørsmål om kommunens adgang til å unnta fra dem opplysninger som var fremlagt for ombudsmannen. Videre mente de at kultursjefen ikke hadde grunnlag for å si at noen av dem var godt kjent for ham, og stilte seg derfor spørrende til kommunens vurdering av deres personlige egenskaper uten at det var foretatt intervju.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

#### «1. Rettslig utgangspunkt - kvalifikasjonsprinsippet

Målet i en tilsettingssak er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering er best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for vurderingen er kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten og eventuelle lov- og avtalefestede krav. Videre vil utdanning, praksis og personlige egenskaper stå sentralt. Hovedhensynet bak kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen rekrutterer personer med best mulig kompetanse i forhold til de oppgaver som skal løses. Beslutningen må dessuten gjøres på en måte som sikrer lik behandling og hindrer at tilsettingsorganet tar utenforliggende hensyn. En forsvarlig saksbehandling er en forutsetning for at tilsetningsvedtaket blir riktig. En ryddig saksbehandlingsprosess er også viktig for at borgerne skal ha tillit til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn ved tilsettingen.

Det fremgår av Hovedtariffavtalen § 2 punkt 2.2 at det i første rekke skal tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen). Kvalifikasjonsprinsippet er også tatt inn i Ansettelsesreglement for X kommune punkt 7.2:

«Ved tilsetting skal det i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner mht. teoretisk og praktisk utdanning, samt skikkethet for stillingen.»

I utlysningsteksten har kommunen likestilt relevant høyere utdanning og praksis/erfaring. I tillegg har kommunen fremhevet betydningen av personlige egenskaper som «løsningsorientert», «gjennomføringskraft», «gode samarbeidsevner», «tar ansvar», «er strukturert og arbeider selvstendig», «er fleksibel og har evne til å takle høyt tempo i travle perioder» og «er serviceinnstilt og utadrettet».

Utllysningsteksten tilsier at søkere med relevant høyere utdanning og personer med relevant erfaring/praksis kan være kvalifisert for stillingen. Kvalifikasjonsprinsippet tilsier at søkere som både har relevant høyere utdanning og relevant erfaring/praksis i

utgangspunktet står sterkere enn søkere som for eksempel bare har erfaring/praksis. Dersom det er aktuelt å tilsette en søker som bare har erfaring/praksis, er det en forutsetning at praksisen/erfaringen er svært relevant og at søkeren utmerker seg i vurderingen av skikkethet for stillingen. Det avgjørende er at kommunen tilsetter den søkeren som samlet anses best kvalifisert for stillingen.

## 2. Kommunens utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17 - sakens opplysning

Tilsetting i offentlig stilling er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd første punktum. De særlige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI gjelder derfor i tilsettingssaker, men i lovens § 3 er det gjort unntak fra reglene om begrunnelse. Det er ikke gjort unntak fra utredningsplikten i § 17. Ved tilsetting har kommunen derfor plikt til å sørge for at «saken er så godt opplyst som mulig» før vedtak treffes.

Jeg legger til grunn at de fire klagerne var formelt kvalifisert til stillingen som kulturkonsulent. Spørsmålet er om kommunen hadde tilstrekkelig grunnlag for å vurdere «deres personlige egenskaper til ikke å være tilfredsstillende og i samsvar med forventningene til kulturkonsulentstillingen».

Etter det opplyste bygget kommunens vurdering på kultursjefens eller kulturenhetens kjennskap til de fire søkerne, samt erfaring med dem fra arbeid i kommunen og i frivillig arbeid. Videre fremgår det at kultursjefen hadde mottatt «tilbakemeldinger» om enkelte av klagerne. I kommunens redegjørelse hit er det vist til egenskaper som manglende gjennomføringsevne, samarbeidsvansker, negativ omtale av kollegaer, kritisk, mer påståelig enn konstruktiv, lite fleksibel, sterk tro på egne vurderinger og løsninger.

Klagerne har anført at kommunens kjennskap til dem er begrenset. I den anledning har de opplyst følgende:

«Når det gjelder utsagnet «godt kjent av kultursjefen» er det ingen av klagerne som kan si de kjenner kultursjefen. Det er mulig at andre personer ansatt i kulturenheten mener de kjenner én eller flere av klagerne, men å komme med så sterke utsagn om våre personlige egenskaper at vi blir stemplet som uskikket for denne stillingen mener vi er en drøy og usaklig påstand.»

Flere av klagerne fremsto som godt formelt kvalifisert til stillingen som kulturkonsulent. I en slik situasjon kreves det klare holdepunkter for å konkludere med at søkerne ikke var kvalifisert for stillingen ut fra en vurdering av deres personlige egenskaper. Etter det opplyste bygger kommunens vurderinger på kultursjefens inntrykk, som igjen bygger på «tilbakemeldinger» fra ukjente kilder. Vurderingene er ikke underbygget av faktiske opplysninger som gjør det mulig å kontrollere eller presisere holdbarheten av de relativt sterke karakteristikkene kommunen har gitt av søkerens personlige egenskaper.

Til dette kommer at den tilsatte er gift med en av kultursjefens medarbeidere. I en slik situasjon er det særlig viktig for borgernes tillit til forvaltningen at andre søkeres kvalifikasjoner undergis en betryggende behandling og vurdering. Med mindre samtlige medlemmer av tilsettingsorganet kjenner søkerne like godt, må søkerne gis anledning til å presentere seg selv i intervju og det bør innhentes eksterne referanser, jf. her også kommunens tilsetningsreglement punkt 7.2 siste punktum. Intervju og innhenting av opplysninger fra eksterne referanser er etter mitt syn nødvendig for å sikre likebehandling i tilfeller der en av søkerne er godt kjent, og der personlige egenskaper kan være avgjørende. Uten slik saksbehandling er det vanskelig å se at tilsettingssaken er tilstrekkelig opplyst. Og uten tilstrekkelig opplysning er det vanskelig å ha tillit til at kommunen har tilsatt den best kvalifiserte søkeren.

Etter mitt syn var denne saken ikke tilstrekkelig opplyst da kommunen traff avgjørelse om tilsetting av kulturkonsulent. Kommunen burde innkalt de fire klagerne til intervju og innhentet opplysninger fra eksterne referanser som ledd i vurderingen av deres personlige kvalifikasjoner for stillingen. Saksbehandlingen er egnet til å svekke tilliten til kommunens avgjørelse.

## 3. Overkvalifiserte søkere

I redegjørelsen hit har X kommune gitt uttrykk for sitt syn på ulike problemer og utfordringer knyttet til overkvalifiserte søkere.

Det er ikke diskvalifiserende at en søker er overkvalifisert for en stilling. I slike tilfeller stilles det særlige krav til klargjøring av stillingens innhold og sakens opplysning. Et intervju vil for eksempel være egnet til å undersøke søkerens forventninger til stillingen, herunder forventede arbeidsoppgaver og lønn.

## 4. Søkerens rett til å se og uttale seg om nye opplysninger under saksforberedelsen

I denne saken er det opplyst at kommunens vurdering bygget på kultursjefens eller kulturenhetens kjennskap til søkerne, og deres erfaring med dem fra arbeid i kommunen og i frivillig arbeid. Det er også opplyst at kultursjefen hadde mottatt «tilbakemeldinger» om enkelte av klagerne.

Det følger av forvaltningsloven § 17 andre ledd at en søker normalt har rett til å bli kjent med og få uttale seg om opplysninger som kommunen får under saksforberedelsen. Videre følger det av forvaltningsloven § 17 tredje ledd at en part også bør gjøres kjent med opplysninger av vesentlig betydning for saken. Denne partsrettigheten vil gjennomgående også være en forutsetning for at saken kan anses «så godt opplyst som mulig» før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.

Hovedregelen om at en part har rett til å få se og uttale seg om nye opplysninger under saksforbere-

delsen gjelder også i tilsettingssaker, men det er gjort enkelte unntak i forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 § 16 (tidligere forskrift 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning § 3). Utgangspunktet er at søkeren har rett til å gjøre seg kjent med de deler av et dokument som inneholder opplysninger om parten selv - både faktiske opplysninger og vurderinger. For vurderinger er det gjort begrensninger i innsynsretten etter § 16 andre punktum for vurderinger som er gjort eller gitt av:

- «a) tilsettingsorganet eller innstillingsmyndigheten eller noen som forbereder saken for disse eller uttaler seg i egenskap av særlig rådgiver eller sakkyndig for dem,
- b) partens nåværende eller tidligere arbeidsgiver eller overordnet eller noen som har handlet på vegne av disse,
- c) partens nåværende eller tidligere oppdragsgiver eller i særlige tilfeller person som parten har hatt nær yrkesmessig kontakt med.»

Skillet mellom vurderinger og faktiske opplysninger får følgelig betydning for en søkers rett til innsyn. Sondringen er den samme som i forvaltningsloven § 18, og grensen er nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 3 (1976-77) side 79:

«Begrepet «faktiske opplysninger» som loven bruker i dag, er meget omfattende. Ikke bare har parten rett til å gjøre seg kjent med spesifikke og presise faktiske opplysninger, som f.eks. area-loppgaver, men også med opplysninger som i høy grad bygger på vurderinger. I en konsesjons-sak vil parten f.eks. ha rett til å gjøre seg kjent med opplysninger om bonitet, rentabilitet og drivverdighet. Den karakteristikk som gis av en bestemt person, må reknes som faktisk opplysning i hvert fall når den bygger på konkrete hendinger, f.eks. må uttrykk som «drikkfeldig» eller «alkoholmisbruker» reknes til denne kategori.»

I denne saken er det på det rene at flere av karakteristikkene som kommunen har benyttet i sin vurdering av søkerens personlige kvalifikasjoner nødvendigvis bygger på konkrete hendelser. Kommunen har selv opplyst at det er lagt vekt på slike faktiske opplysninger ved vurderingen av klagerens skikkethet for stillingen. Det er grunn til å understreke at kommunen i ettertid ikke har adgang til å fjerne opplysningene fra saken for å unngå at klagerne får innsyn i opplysninger de har krav på å se og uttale seg om.

På denne bakgrunn ber jeg om at kommunen vurderer klagerens rett til innsyn på nytt.

##### 5. Kommunens vurdering av klagerens kvalifikasjoner

Det er på det rene at de fire klagerne var formelt kvalifisert til stillingen som kulturkonsulent. Tilsettingsmyndighetens vurdering av deres personlige kvalifikasjoner beror på bevismessige og skjønnsmessige forhold som jeg har begrenset mulighet for å overprøve. Jeg har imidlertid anledning til å uttale meg om

tilsettingsmyndighetens avgjørelse i tilfeller der det er holdepunkter for at tilsettingsorganet har lagt vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn, eller der avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Ettersom denne saken ikke var tilstrekkelig opplyst i forhold til klagerne da tilsettingen ble gjort, kan jeg ikke utelukke at tilsettingsmyndigheten har lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn. Men jeg har heller ikke grunnlag for å fastslå om det er, eller ikke er, lagt vekt på slike hensyn.

Tilsettingen er nå gjennomført, og den tilsatte har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min undersøkelse av klagen får derfor ingen konsekvenser for den avgjørelsen tilsettingsmyndigheten har truffet.

Jeg ber likevel X kommune om å innrette behandlingen av fremtidige tilsettingssaker i tråd med lovens regler om utredningsplikt og søkers rett til innsyn og inmøtegåelse av nye opplysninger.»

Etter min uttalelse holdt kommunen to møter med klagerne og ga beklagelse offentlig og overfor klagerne personlig. Kommunen ga også klagerne økonomisk kompensasjon og dekket deres advokatutgifter. Videre ble klagerne gitt innsyn i vurderinger av dem. Rådmannen innskjerpet taushetsplikten overfor de som kunne ha blitt kjent med sakens innhold, og det ble bestemt at det skulle iverksettes opplæring for å forbedre saksbehandlingen i tilsettingssaker.

Jeg uttalte at dette var en konstruktiv og god oppfølging av min uttalelse.

## 21.

### Tilsetting av fast formann for Stavanger overformynderi

(Sak 2007/137)

*Personal- og organisasjonsdirektøren i Stavanger kommune tilsatte fast formann for overformynderiet. Stillingen ble ikke kunngjort offentlig.*

*Ombudsmannen fant at det forelå «begrunnet tvil» om personal- og organisasjonsdirektøren hadde myndighet til å foreta tilsetting av formann for overformynderiet. Det var uklart om kommune-/bystyrets myndighet etter vergemålsloven § 28 annet ledd første punktum til å tilsette fast formann for overformynderiet var delegert, og videre hvordan den faste formannen rapporterer til personal- og organisasjonsdirektøren, jf. kommunens tilsettingsreglement hvorefter direktører ansetter i stillinger som rapporter direkte til seg. Ombudsmannen uttalte videre at stillingen skulle vært lyst ut. Kommunen ble bedt om å vurdere saken på ny.*

*Kommunen vurderte saken på nytt, og innhentet i den forbindelse en utredning fra Kommunenes Sentralforbund der det ble lagt til grunn at personal- og administrasjonsdirektøren hadde myndighet til å fo-*

*reta tilsettingen. Det ble erkjent at stillingen burde vært lyst ut offentlig, men dette påvirket ikke gyldigheten av tilsettingsvedtaket. Formannskapet tok utredningen «til orientering», noe som innebar at kommunen ikke ville foreta seg ytterligere i saken.*

*Ombudsmannen mente det fortsatt var begrunnet tvil om personal- og administrasjonsdirektøren hadde den nødvendige myndighet til å foreta tilsettingen, men var enig i at det etter omstendighetene var riktigst å la saken bero.*

Den tidligere faste formannen for Stavanger overformynderi sa i brev 4. september 2006 opp stillingen med virkning fra 31. mars 2007. Ved personal- og organisasjonsdirektørens brev 22. november 2006 ble en lokal advokat tilsatt som ny fast formann med tiltredelse 1. april 2007. Han ble tilsatt uten at stillingen hadde vært utlyst.

En annen advokat hjemmehørende i Stavanger klaget til ombudsmannen og anførte særlig at det lå til formannskapet, eventuelt bystyret, å tilsette fast formann for overformynderiet, og at stillingen skulle vært kunngjort offentlig.

Stavanger kommune ble i brev herfra spurt om bystyret hadde truffet vedtak om delegasjon av dets myndighet etter vergemålsloven § 28 annet ledd til å ansette fast formann for overformynderiet, herunder om tredje ledd i tilsettingsreglementets punkt «[a]nsettelsesmyndighet» etter kommunens syn var å anse som slikt delegasjonsvedtak. I denne sammenheng ba ombudsmannen om en redegjørelse for hvordan den faste formannen rapporterer til personal- og organisasjonsdirektøren, og det ble spurt om det er særtrekk ved stillingen som fast formann for overformynderiet som kan ha betydning for tilsettingsmyndighet for denne stillingen.

Videre ble kommunen bedt om gjøre greie for bakgrunnen for at stillingen ikke ble kunngjort offentlig. Det ble spurt om på hvilket grunnlag kommunen la til grunn at overformynderiet ville bli overført til staten i løpet av to - tre år, og om to - tre år er en kortvarig tilsetning i en stilling som dette. Ombudsmannen stilte også spørsmål om betydningen av tidsmomentet under henvisning til at den tidligere faste formannen sa opp sin stilling med om lag syv måneders varsel.

Endelig ble kommunen bedt om å vurdere betydningen av eventuelle feil.

Kommunen svarte at det ikke var gjort «særskilt vedtak om delegering av ansettelsesmyndighet for fast formann i overformynderiet», men at den stillingen «behandles på lik linje med øvrige stillinger på tilsvarende nivå». Ettersom fast formann for overformynderiet etter kommunens syn rapporterer til personal- og organisasjonsdirektøren, er det hun som foretar denne tilsettingen, jf. bystyrets prinsippvedtak 13. desember 1993. Det ble lagt ved et organisasjonskart hvor overformynderiet var plassert under direktør for personal og organisasjon. Om stillingens karakter skrev kommunen:

«Stilling som fast formann i overformynderiet er spesiell i den forstand at funksjonen er tillagt en advokat. Dette er gjort av praktiske hensyn, og har fungert meget tilfredsstillende. Den faste formannen arbeider på selvstendig grunnlag og har videre faste møter med de to valgte overformynderne. Stillingens spesielle karakter har ikke betydning for ansettelsesmyndigheten i kommunen.»

Ut fra den offentlige interessen stillingen viste seg å ha så kommunen at stillingen burde ha vært lyst ut, slik faste stillinger i kommunen normalt blir. Det ble også vist til at kommunen hadde god tid til ansettelsesprosedyren.

Kommunen antok at overformynderiet vil bli overført til staten i løpet av to - tre år fordi det ble foreslått i NOU 2004: 16 Vergemål med høringsfrist 22. februar 2005, og på grunnlag av kontakt med Justisdepartementet sommeren 2006 hvor det ble opplyst at det ble arbeidet med saken. Det ble vist til at høringsuttalelser støttet opp om forslaget om statlig overtakelse. Ut fra kommunens perspektiv om at hver ansettelse er «en investering», anså kommunen to - tre år for å være en kortvarig ansettelse.

Ettersom det etter kommunens syn ikke var begått formelle feil, forelå det ikke feil som kunne ha betydning for avgjørelsen i tilsettingsaken.

Klageren anså det ikke for dokumentert at myndigheten til å tilsette fast formann for overformynderiet var delegert fra bystyret i Stavanger kommune. Hun kunne heller ikke se at den faste formannen rapporterte til personal- og organisasjonsdirektøren.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Innledningsvis presiserer jeg at ombudsmannens undersøkelser i denne saken gjelder rettslige spørsmål omkring myndigheten til å tilsette formann for overformynderiet. Spørsmål knyttet til kvalifikasjonene til den som er tilsatt som fast formann for Stavanger overformynderi har ikke vært undersøkt eller vurdert. Vedkommende har for øvrig ikke vært part i ombudsmannssaken.

#### *Myndighet til å tilsette fast formann for overformynderiet*

Overformynderiets faste formann «ansettes av kommunen», jf. vergemålsloven 22. april 1927 § 28 annet ledd første punktum. Uttrykket «kommunen» avløste «formannskapet» ved lov 11. juni 1993 nr. 85 om endringer i særlovgivningen for kommuner og fylkeskommuner. Om endringen heter det i Ot.prp. nr. 59 (1992-1993) punkt 4.9 bl.a.:

«Vergemålsloven §§ 20, 22, 24, 27 tredje ledd, 28 annet ledd, 29 femte ledd og 69 foreslås dermed endret slik at formannskapets myndighet tillegges kommunen v/kommunestyret. Etter de vanlige delegasjonsprinsippene i kommuneloven

kan kommunestyret legge myndigheten til andre organer i kommunen.»

Myndighet til å tilsette fast formann for overformynderiet er altså ved lov tillagt kommunestyret, i Stavanger er det bystyret. Det er imidlertid anledning til å delegere tilsettingsmyndigheten etter alminnelige delegasjonsprinsipper i kommuneloven. Ved Stavanger bystyres prinsippvedtak 13. desember 1993 og administrasjonsutvalgets vedtak 24. oktober 2000 er ansettelsesmyndigheten delegert slik at formannskapet tilsetter direktører og i stillinger på tilsvarende nivå, mens rådmannen tilsetter i øvrige stillinger som rapporterer direkte til henne. Den enkelte direktør tilsetter i stillinger som rapporterer direkte til seg.

Jeg forstår kommunen slik at det her er tale om delegasjon fra bystyret etter kommuneloven § 24 nr. 1, og subdelegasjon videre. En slik fordeling av tilsettingsmyndigheten har normalt gode grunner for seg for så vidt gjelder den kommunale administrasjonen, og synes å være i samsvar med intensjonen bak § 24 nr. 1, jf. NOU 1990:13 s. 137 der det heter:

«Hvis administrasjonssjefen skal kunne fungere på tilfredsstillende måte som leder for administrasjonen, er det av grunnleggende betydning at han/hun får utstrakt kompetanse og ansvar i alt som gjelder *personalsaker* - ansettelser, oppsigelser, permisjoner m.v.»

Det er imidlertid spørsmål om stillingen som fast formann for overformynderiet står i en noe annen stilling enn alminnelige stillinger i administrasjonen, og om det får betydning for delegasjonsspørsmålet.

Jeg tenker da særlig på at overformynderiet er en uavhengig instans som er tillagt selvstendige arbeidsoppgaver og plikter etter vergemålsloven, se nærmere i NOU 2004:16 Vergemål punkt 12.1.1.1. Det er her særlig grunn til å fremheve at det løpende tilsynet med overformynderne etter vergemålsloven § 27 annet ledd er lagt til fylkesmannen, selv om også kommunen kan utøve kontroll etter paragrafens tredje ledd. Nærmere regler om virksomheten er gitt av Justisdepartementet. Jeg viser også til at overformynderiet forvalter betydelige midler. Forvaltningen er en offentlig oppgave, men skjer på vegne av de umyndige personer i kommunen, jf. vergemålsloven § 62. Den faste formannen for overformynderiet skal stille sikkerhet for et bestemt beløp, jf. vergemålsloven § 28 annet ledd annet punktum, og opprettelse av slik stilling krever godkjenning av fylkesmannen, jf. § 28 første ledd.

Stillingen som overformynder skiller seg med andre ord fra ordinære kommunale stillinger med hensyn til rettslig grunnlag og arbeidsoppgaver så vel som tilsyn og kontroll med virksomheten. Disse forholdene kan tale for at bystyret tar uttrykkelig stilling til om myndigheten til å tilsette i denne stillingen skal delegeres til administrasjonen, med andre ord at generell delegasjon av tilsettingsmyndighet

ikke nødvendigvis omfatter myndighet til å tilsette fast formann for overformynderiet. En slik løsning synes også å samsvare best med vergemålslovens system, jf. lovens § 28 annet ledd første punktum og sitatet ovenfor fra Ot.prp. nr. 59 (1992-1993), der det fremgår at kommune-/bystyret, tidligere formannskapet, tilsetter fast formann for overformynderiet med mindre det fremgår av vedtak at denne myndigheten er delegert. Så vidt jeg kan se, fremgår det ikke av oversendte sakspapirer at dette ble gjort ved Stavanger bystyres prinsippvedtak i 1993. Det er heller ikke opplyst at spørsmålet er blitt uttrykkelig behandlet senere. Overformynder nevnes ikke under det aktuelle punktet i tilsettingsreglementet. Det hefter derfor begrunnet tvil ved om myndigheten til å ansette fast overformynder er blitt delegert på en tilstrekkelig klar måte.

Etter mitt skjønn knytter det seg også tvil til Stavanger kommunes standpunkt om at den faste formannen for overformynderiet rapporterer til personal- og organisasjonsdirektøren. Kommunen har ikke svart på dette spørsmålet utover en henvisning til eget organisasjonskart som vanskelig kan ha noen rettslig betydning. Ut fra det som er sagt ovenfor om overformynderiets uavhengige stilling og særtrekke- ne ved stillingen som fast formann, synes det usikkert om denne kan sies å «rapportere» til direktøren for personal og organisasjon. Jeg viser også til at den faste formannens oppgaver synes å skille seg fra det som naturlig hører til personal og organisasjon. Kommunens standpunkt her må eventuelt begrunnes nærmere.

#### *Skulle stillingen vært kunngjort offentlig?*

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen bestemmelse om plikt til eksternt utlysning av ledige stillinger, og i lovgivningen for øvrig finnes det ikke noe generelt påbud om at kommunale stillinger skal kunngjøres offentlig. Kommunens plikt til å finne den best kvalifiserte søkeren og likhetsprinsippet tilsier imidlertid offentlig utlysning som hovedregel. Dette fremgår for så vidt også av rådmannens notat 20. desember 2006 til formannskapet.

Av notatet og sakens dokumenter for øvrig fremgår det at kommunens hovedbegrunnelse for å unnlate offentlig kunngjøring var at tilsettingen etter kommunens syn har midlertidig preg fordi det i NOU 2004:16 Vergemål er foreslått å opprette statlig overformynderi.

At en tilsetting er kortvarig, kan være saklig grunn til å la være å lyse ut stillingen offentlig. Overføring av overformynderiet til staten er imidlertid kun ett av flere alternativer Vergemålsutvalget foreslo, og det er uklart hva som vil bli den endelige løsningen. Regjeringens syn er ikke klart ennå. Til dette kommer at to - tre år normalt ikke er å anse som en så vidt kort periode at det i seg selv gir grunn til å unnlate offentlig kunngjøring.

Jeg tilføyer for ordens skyld at kommunen i den-

ne saken hadde god tid, idet den forrige faste formannen sa opp stillingen i brev 4. september 2006 med virkning fra 31. mars 2007.

Det synes å være kommunens syn at stillingen skulle vært lyst ut offentlig. Det er ut fra det ovennevnte også mitt syn.

### Konklusjon

Jeg er kommet til at det er «begrunnet tvil» om personal- og organisasjonsdirektøren i Stavanger kommune hadde myndighet til å tilsette fast formann for overformynderiet, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum. Stillingen skulle dessuten vært lyst ut offentlig.

Jeg må etter dette be kommunen om å vurdere saken på nytt.

Hvis kommunen etter en fornyet vurdering kommer til at personal- og organisasjonsdirektøren ikke hadde myndighet til å foreta denne tilsettingen, må kommunen vurdere hvilken betydning dette eventuelt har for avgjørelsen om tilsetting. Dersom det foreligger personell kompetansemangel og avgjørelsen skulle vært truffet av overordnet organ, kan det innebære at tilsettingen var ugyldig. Videre må kommunen vurdere eventuelle følger av manglende utlysning, isolert eller samlet med eventuell personell kompetansemangel.

Det understrekes at jeg ikke har tatt stilling til gyldighetsspørsmålet, bl.a. fordi den tilsatte ikke har vært part i ombudsmannssaken.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av kommunens fornyede vurdering.»

Kommunen vurderte saken på nytt, og innhentet i den forbindelse en utredning fra Kommunenes Sentralforbund der det ble lagt til grunn at personal- og administrasjonsdirektøren hadde myndighet til å foreta tilsettingen. Det ble erkjent at stillingen burde vært lyst ut offentlig, men dette påvirket ikke gyldigheten av tilsettingsvedtaket. Formannskapet tok utredningen «til orientering», noe som innebar at kommunen ikke ville foreta seg ytterligere i saken.

Jeg mente det fortsatt var begrunnet tvil om personal- og administrasjonsdirektøren hadde den nødvendige myndighet til å foreta tilsettingen, men var enig i at det etter omstendighetene var riktigst å la saken bero.

## 22.

### Tilsetting i professorat – mangler ved den sakkyndige komiteens vurdering

(Sak 2006/1210)

*En stilling som professor ble utlyst med særlig plikt til å drive forskning, undervisning og veiledning. Uttalelsen fra den sakkyndige komiteen inneholdt ikke noen vurdering av de pedagogiske kvalifikasjonene til den søkeren som komiteen innstilte som nummer*

*en. I løpet av tilsettingsprosessen ble det innført et nytt tilsettingsreglement der kravene til pedagogisk kompetanse var formulert annerledes enn i det gamle reglementet. Innstillingsutvalget og flertallet i fakultetstyret endret rangeringen av søkerne. Universitetsstyret endret innstillingen og tilsatte den som komiteen hadde innstilt som nummer en.*

*Ombudsmannen mente at saken ikke var tilstrekkelig opplyst på tilsetningstidspunktet, idet den sakkyndige komiteen ikke hadde foretatt en faglig vurdering av den tilsattes pedagogiske kvalifikasjoner. Heller ikke innstillingsutvalget eller fakultetsstyret syntes å ha hatt tilstrekkelig klarhet i hvilke krav som skulle stilles til pedagogiske kvalifikasjoner. I løpet av tilsettingsprosessen burde universitetet ha sørget for å avklare hvilke krav som gjaldt til pedagogisk kompetanse.*

Stillingen som professor ble lyst ut med særlig plikt til å drive forskning, undervisning og veiledning. Det ble oppnevnt en sakkyndig komité for å vurdere søkerne. Komiteen fant A og B kvalifisert for stillingen og rangerte dem som henholdsvis nummer to og nummer en.

I As merknader til komiteens vurdering, pekte han bl.a. på at komiteen hadde lagt for liten vekt på erfaring fra undervisning/veiledning, forskningsledelse, deltagelse i forskningsprosjekter og administrative kvalifikasjoner. Innstillingsutvalget innhentet uttalelse fra Organisasjons- og personalavdelingen (OPA) vedrørende de pedagogiske kompetansekravene til professoratet. Etter intervju og prøveforelesninger, endret innstillingsutvalget rangeringen av søkerne slik at A ble innstilt som nummer en. I innstillingen ble det bl.a. uttalt at:

«I forhold til de nye regler for tilsetting i professorater ... ville B ikke være professorkompetent fordi disse fastsetter et minstemål for faglige kvalifikasjoner utover de rent vitenskapelige.»

Flertallet i fakultetstyret fulgte innstillingen fra innstillingsutvalget, mens mindretallet sendte en egen innstilling og begrunnelse for tilsetting av B. Flertallet i fakultetsstyret uttalte bl.a.:

«Etter det nye tilsettingsreglementet, med dets krav til kvalifikasjoner, er det tvilsomt om B i det hele tatt ville ha blitt tilkjent professorkompetanse.»

Universitetsstyret endret innstillingen og vedtok å tilsette B i stillingen.

I klagen til ombudsmannen hevdet A at B ikke oppfylte de formelle kravene til professorkompetanse og at det forelå brudd på kvalifikasjonsprinsippet. Det ble vist til at B hadde svært begrenset erfaring utover et snevert fagfelt og at han ikke hadde den erfaring fra undervisning/veiledning som er nødvendig for et professorat. Videre ble det anført at det var en saksbehandlingsfeil at den skriftlige komitévurde-

ringen ikke inneholdt noen betraktning om den tilsattes pedagogiske kvalifikasjoner, og at dette kunne ha virket inn på tilsetningsvedtaket.

Universitetet ble i brev herfra bedt om å redegjøre for den tilsattes pedagogiske kompetanse sammenlignet med de kravene som stilles for tilsetting som professor. Universitetet ble også bedt om en nærmere redegjørelse for sin tolkning av kravet til «erfaring fra undervisning/veiledning på lavere og/eller høyere nivå», slik dette fremkommer i rundskriv F-14-95 fra KUF 1. februar 1995, samt i universitetets «Regler for tilsetting i professorat» § 6. Videre ble det spurt om universitetets syn på forholdet mellom det «gamle» tilsetningsreglementet, som gjaldt på utlysningstidspunktet, og kravene i det «nye» tilsetningsreglementet, og hvilket av disse reglementene som kom til anvendelse i saken. Universitetet ble også bedt om å redegjøre nærmere for tilsetningsutvalgets sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av den tilsatte og A.

I svarbrevet opplyste universitetet at det gamle reglementet, som gjaldt da stillingen ble lyst ut, var lagt til grunn for saksbehandlingen. Universitetet mente at det ikke hadde noen avgjørende betydning for utfallet av tilsetningsprosessen hvilket reglement som ble lagt til grunn. Det ble uttalt at «[u]niversitetet ser at innstillingsorganet i denne sak har vært av den oppfatning at det stilles helt andre krav etter det nye reglementet, i forhold til det gamle. Universitetet vil sørge for å bedre informasjonen til innstillende og tilsettende organer om dette forhold».

Universitetet viste til at B hadde erfaring fra undervisning på forskjellige faglige nivå og at han gjorde et meget godt inntrykk ved gjennomføringen av prøveforelesningene. Det ble understreket at vurderingen av pedagogisk kompetanse er en utpreget skjønsmessig vurdering, der det ikke stilles absolutte krav utover at det må dokumenteres at vedkommende har erfaring fra undervisning eller veiledning. Videre het det at «[d]et understrekes her, som påtalt i brevet til klageren, at B er funnet kompetent til professorstilling av en samlet sakkyndig komité, et samlet innstillingsorgan, et samlet fakultetsstyre og enstemmig tilsetningsorgan». Det ble vist til at tilsetningsutvalget var av den oppfatning at B var best kvalifisert av søkerne ut i fra vitenskapelige kvalifikasjoner. Tilsetningsutvalget oppfattet Bs pedagogiske kompetanse som svak, men var enig i flertallet og mindretallets vurdering at B tilfredsstilte kravene til kompetanse etter universitetets tilsetningsreglement.

I klagerens kommentarer til universitetets svar, tilbakeviste han universitetets forståelse av at det nye tilsetningsreglementet ikke hadde endret de grunnleggende kravene til pedagogisk kompetanse, og viste til at det nye reglementet var ytterst presist ved å klargjøre at det er snakk om vitenskapelige breddekrav. Han opprettholdt sitt syn på at det ikke var tilstrekkelig med erfaring fra undervisning eller veiledning alene for å tilfredsstillte kravene.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 12. mai 1995 nr. 22, som gjaldt frem til 1. august 2005, og derfor kommer til anvendelse i denne saken, regulerer i § 30 utlysinger og tilsettinger i undervisnings- og forskerstillinger. I § 30 nr. 4 heter det i første punkt at «tilsetting skjer på grunnlag av sakkyndig bedømmelse ut fra den stillingsbeskrivelse som er gitt i utlysning og betenkning». Videre heter det i tredje punkt at «i stillinger hvor det stilles krav om pedagogiske kvalifikasjoner, skal det foretas en særskilt vurdering av om søkerne oppfyller disse».

Det er på det rene at det i utlysingsteksten for professoratet, ble stilt krav om pedagogiske kvalifikasjoner. Videre er det på det rene at det både i KUFs stillingsbeskrivelse i rundskriv F-14-95 og i universitetets tilsetningsreglement (både «gammelt» og «nytt») stilles krav om at søkerne må ha pedagogiske kvalifikasjoner for å anses professorkompetente. Det er derimot uenighet om *innholdet* i de pedagogiske kvalifikasjonskravene.

I saker hvor det stilles krav om pedagogisk kompetanse, fremgår det både av lovens § 30 nr. 4 tredje punkt, og av universitetets tilsetningsreglement (§ 6 pkt. 1.2 i det «gamle» og § 8 pkt. 1.3 i det «nye»), at de sakkyndige i så fall skal vurdere søkerne med henblikk på deres pedagogiske kvalifikasjoner. Det er ikke omstridt at uttalelsen fra den sakkyndige komiteen i denne saken ikke inneholdt noen slik vurdering av den tilsattes pedagogiske kvalifikasjoner. Spørsmålet er hvilken betydning dette har for universitetets tilsetningsvedtak.

Universitetet har i brev til A erkjent at den sakkyndige komiteens manglende vurdering av søkerens pedagogiske kvalifikasjoner, var en saksbehandlingsfeil. I brevet skrev universitetet at:

«Universitetsdirektøren er av den oppfatning at den sakkyndige komiténs manglende vurdering av pedagogisk kompetanse ikke er av avgjørende betydning for utfallet av saken, da denne kompetanse er godt belyst i innstillingene fra fakultetet og ble tatt med i vurderingen da universitetets tilsetningsutvalg foretok tilsetting i saken.

Universitetsdirektøren kan derfor ikke se at tilsetningsvedtaket må anses som ugyldig».

Utgangspunktet etter § 30 nr. 4 tredje punkt om at tilsetting skal skje «på grunnlag av» sakkyndig bedømmelse, innebærer bl.a. at tilsetningsorganet har et ansvar for å kontrollere at den sakkyndige bedømmelsen er adekvat og forsvarlig.

I Jan Fridthjof Bernt, Lov om universiteter og høyskoler med kommentarer, 3. utg. 2000 heter det i note 19 til § 30 at:

«Tilsetningsorganet vil ikke kunne overprøve selve den faglige vurderingen av søkerens kvalifikasjoner, men det skal påse at denne er i overensstemmelse med de kriteriene som er formu-

lert i den stillingsbeskrivelsen som er gitt ved utlysingen og innarbeidet praksis når det gjelder kvalifikasjonskrav og vektlegging av ulike kvalifikasjoner.

Er tilsettingsorganet i tvil om den sakkyndige komité's innstilling oppfyller disse kravene, må det foreta det som er nødvendig for å avklare og eventuelt korrigere en slik uoverensstemmelse. Dette kan skje ved at man ber om en tilleggsuttalelse fra komiteen, man kan oppnevne en komité som foretar en gjennomgang av selve bedømmelsen for å vurdere om denne er bygget på en riktig bedømmelsesnorm, eller man kan oppnevne flere sakkyndige eller en ny sakkyndig komité.

Det kan også tenkes situasjoner hvor tilsettingsorganet vil kunne treffe et vedtak med annen konklusjon enn den sakkyndige komité kom til, uten ny komitébehandling. Dette er imidlertid bare aktuelt i situasjoner hvor tilsettingsorganet finner å kunne bygge på den sakkyndige komité's faglige vurdering av søkerne slik den fremgår av innstillingen, men hvor man ikke er enig i den *bedømmelsesnorm* som er anvendt eller den *vektlegging* av ulike kvalifikasjoner som bedømmelsen er basert på. (Jf. Ot.prp. nr. 85 s. 60.)»

Spørsmålet er om saken var tilstrekkelig opplyst da tilsettingsvedtaket ble truffet, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17, da det ikke ble innhentet en tilleggsuttalelse fra den sakkyndige komiteen. Universitetet har som nevnt hevdet at den pedagogiske kompetansen ble godt belyst i innstillingene fra fakultetet og ble tatt med i vurderingen til tilsettingsutvalget.

Jeg kan vanskelig se at spørsmålet om pedagogisk kompetanse ble opplyst i nevneverdig grad gjennom behandlingen i innstillingsutvalget og i fakultetsstyret. Begge steder var spørsmålet om den tilsattes pedagogiske kompetanse et tema, og bakgrunnen for dette var blant annet at det i løpet av tilsettingsprosessen ble innført et nytt tilsettingsreglement der kravene til pedagogisk kompetanse var formulert annerledes.

Universitetet har i brevet til ombudsmannen avvist at det nye tilsettingsreglementet stiller helt andre krav enn det gamle. Det ble uttalt at:

«Universitetet ser at innstillingsorganet har vært av den oppfatning at det stilles helt andre krav etter det nye reglementet, i forhold til det gamle. Universitetet vil sørge for å bedre informasjonen til innstillende og tilsettende organer om dette forhold.»

Både innstillingsutvalget og fakultetsstyret synes imidlertid å ha lagt til grunn at det nye reglementet stilte andre og bredere krav til pedagogisk kompetanse for å bli professorkompetent. Begge uttrykte sterk tvil om hvorvidt den som senere ble tilsatt i stillingen fylte de nye kravene til pedagogisk kompetanse. Når universitetet i korrespondansen med ombudsmannen gir uttrykk for at de nye reglene i all hovedsak bare var en presisering av de gamle reglene, og i tillegg synes å mene at de innstillende orga-

nene hadde feil oppfatning om hvilke krav som gjaldt, er det vanskelig å se at spørsmålet om de innstilte fylte kravene til pedagogisk kompetanse var «godt belyst» i innstillingene. Når det ikke foreligger noen slik entydig vurdering fra innstillende organer, vil det nødvendigvis også ha større betydning at den sakkyndige uttalelsen manglet en slik vurdering av den tilsattes pedagogiske kompetanse som loven krever.

Det er vanskelig å se at tilsettingsmyndigheten kunne ha et tilstrekkelig grunnlag for sin avgjørelse når de innstillende organene skal ha bygget sine vurderinger på feil oppfatning om hvilke pedagogiske krav som skulle stilles.

I Bernts kommentarutgave uttales det følgende om tilsettingsorganets oppgaver:

«Hele systemet med sakkyndige komiteer bygger på den forutsetning at den rent faglige bedømmelsen av søkerens kvalifikasjonsgrunnlag gjøres i en sakkyndig komité, ikke i tilsettingsorganet. Tilsettingsorganet må forholde seg til de sakkyndige uttalelser som foreligger, det må aldri prøve å opptre som bedømmelsesutvalg selv.»

Universitetets fremgangsmåte i denne saken rokker ved det systemet som loven legger opp til ved at den faglige bedømmelsen ikke skal skje i tilsettingsorganet. Til grunn for ordningen med sakkyndige komiteer ligger prinsippet om at disse er særlig kvalifisert til å vurdere søkerne opp mot faglige kriterier i utlysningsteksten og stillingsbeskrivelsen.

Tilsettingsorganets virkemiddel for å få saken tilstrekkelig opplyst vil normalt være å be om tilleggsuttalelse fra den sakkyndige komiteen. I denne saken burde det vært innhentet en særskilt faglig vurdering av de innstiltes pedagogiske kompetanse fra den sakkyndige komiteen. Dette ble ikke gjort. Når det videre hersket så stor grad av uklarhet med hensyn til hvilke krav som skulle stilles til pedagogisk kompetanse, kan saken vanskelig sees å ha vært tilstrekkelig opplyst da tilsettingsvedtaket ble truffet. Universitetet burde underveis i prosessen også sørget for å avklare forholdet mellom det gamle og det nye tilsettingsreglementet og hvilke krav som gjaldt til pedagogisk kompetanse for den aktuelle stillingen.

Jeg har etter dette kommet til at universitetet begikk en saksbehandlingsfeil ved tilsetningen, og at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i denne saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd fjerde punktum. I lys av den påviste saksbehandlingsfeilen og den tvil den etterlater ved tilsettingsvedtaket, må universitetet foreta en ny vurdering av saken for å fastslå om A ble utsatt for urett ved tilsettingsvedtaket. Jeg har ikke uttalt meg om det nærmere innholdet i kravene til pedagogisk kompetanse, og om den tilsatte oppfylte kravene. Det må vurderes om noe skal gjøres i forhold til A. Universitetet bør videre vurdere om det bør utarbeides gene-



relle retningslinjer for situasjoner hvor det hefter mangler ved den sakkyndige uttalelsen.

Tilsettingen er gjennomført, og den som ble tilsatt i stillingen har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min undersøkelse av saken får ingen konsekvenser for den avgjørelsen tilsettingsmyndigheten har truffet.»

### 23.

#### Stilling som kommunikasjonsrådgiver – stansing av tilsettingsprosessen

(Sak 2006/1716)

*Aetat X i Y fylke (heretter Aetat) lyste ut stilling som kommunikasjonsrådgiver. Én av søkerne påberopte seg fortrinnsrett, men det lokale tilsettingsrådet valgte å tilsette en annen søker. Ettersom Aetat ikke ønsket å tilsette søkeren med fortrinnsrett, ble saken oversendt Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten. Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten kom til at søkeren med fortrinnsrett var kvalifisert, og tilsatte vedkommende. To dager senere stanset Aetat tilsettingsprosessen.*

*Aetat hadde prinsipielt sett rettslig adgang til å stanse tilsettingsprosessen. Isolert sett kunne det foreligge saklig grunn for et slikt vedtak om stansing, men i så fall ville det være nødvendig først å foreta en forsvarlig vurdering av stansings spørsmålet. Ombudsmannen kom til at Aetat burde ha foretatt en grundig vurdering av relevante forhold rundt tilsettingsprosessen på et tidligere tidspunkt. Saksbehandlingen i den foreliggende sak var uheldig - og etterlot tvil om den begrunnelsen som ble gitt for vedtaket om å stanse tilsettingsprosessen var den reelle grunnen.*

En stilling som kommunikasjonsrådgiver ved Aetat ble lyst ut med søknadsfrist i mars 2005. A var en av søkerne, og han påberopte seg fortrinnsrett på grunn av overtallighet. Etter en tilsettingsprosess internt i Aetat, der blant annet A var inne til flere intervjuer, ble B innstilt til stillingen 1. september 2005. 14. september 2005 ble B vedtatt tilsatt av det lokale tilsettingsrådet.

På grunn av As fortrinnsrett ble saken oversendt Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten for avgjørelse. Tilsettingsrådet traff 28. september 2005 vedtak om å tilsette A i stillingen som kommunikasjonsrådgiver. To dager senere besluttet Aetat å stanse tilsettingsprosessen, og A fikk melding om dette ved brev 30. september 2005 - samtidig som han fikk melding om avgjørelsen i Tilsettingsrådet.

I brev til A ble stansingen begrunnet med at Aetat «etter en helhetsvurdering har kommet frem til at vi vil finne andre måter å løse de utlyste rådgiveroppgavene på». I et e-brev til alle ansatte i Aetat i fylket ble det gitt følgende begrunnelse for å stanse tilsettingsprosessen:

«Vi arbeider som dere alle kjenner til, frem mot en ny arbeids- og velferdsetat (NAV). I sommer ble det i den forbindelse utarbeidet felles retningslinjer for trygdeetaten og Aetat hvor det klart fremgår at det ikke skal foretas tilsetninger som skaper organisatoriske bindinger for den nye statsetaten. Nyansettelser skal som hovedregel foretas for å opprettholde en forsvarlig produksjon. Viktigste årsak til stans av ansettelsesprosessen er imidlertid at NAV interim også har kommet med en foreløpig gjennomføringsplan etter at vi behandlet saken. Vi ser her at gjennomføringstakten går raskere enn det vi hadde forutsatt.»

De felles retningslinjene det ble vist til i brevet ble gitt av Arbeids- og sosialdepartementet 9. juni 2005, der det ble gitt beskjed om å «ikke foreta tilsetninger som skaper organisatoriske bindinger».

I sin klage til ombudsmannen hevdet A at Aetat ikke hadde saklig grunn til å stanse tilsettingsprosessen da de gjorde det, og antydte at stansingen hadde sammenheng med hans rolle som «varsler» i en tidligere stilling i en annen statlig etat i 1999.

NAV Y (som omfatter tidligere Aetat X) ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for bakgrunnen for at tilsettingsprosessen ble stanset så sent som 30. september 2005, og først etter at A var tilsatt i stillingen av Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten.

NAV viste til at regelverket åpner for å stanse en tilsettingsprosess helt frem til søkeren har mottatt tilbud om stillingen, og at søkeren ikke får rettskrav på stillingen før han eller hun er underrettet om tilsettingen. Det ble videre vist til at det var fylkesarbeidskontoret, og ikke Moderniseringsdepartementet ved Tilsettingsrådet, som skulle gi det formelle tilbudet om stillingen.

Som forklaring på hvorfor tilsettingsprosessen ble stanset såvidt sent, skrev NAV:

«Det ble foretatt innstilling i saken fra Aetat X 01.09.05, og i perioden frem til 28.09.05 akseleverte arbeidet med å slå sammen de to etatene. Spørsmålet om stans i nye tilsetninger ble raskt en sentral sak. Departementet påla i brev av 09.06.05 etatslederne å gi retningslinjer om tilsetninger i påvente av etablering av den nye etaten. Slike retningslinjer ble gitt 01.07.05. (...) På noen områder medførte sammenslåingen at det fra tidligere trygdeetat og tidligere Aetat ble etablert dobbelt kompetanse i det nye fylkesleddet. Det nye fylkesleddet som nå er etablert i Y er sterkt redusert i forhold til de to tidligere fylkesleddene.

Det tok beklageligvis noe tid før føringen fra departementet ble iverksatt i lokalleddene herunder Aetat X. I en periode var det uklart hvor strengt påbudet skulle gjennomføres i praksis, da samarbeidet med å planlegge den fremtidige organisasjonen ikke var kommet tilstrekkelig i gang. Denne uklarheten ble fanget opp på generelt grunnlag, og leder for Aetat korrigererte fullmaktene til etatens ledere.»

A hevdet at det ikke medførte riktighet at det hersket uklarhet om hvordan retningslinjene skulle praktiseres og skrev bl.a.:

«I brevet til Sivilombudsmannen av 21.11.06 underslås at Arbeids- og Sosialdepartementet allerede i brev av 9.6.05 til Aetat gjør kjent at - *Det skal ikke foretas tilsetninger som skaper organisatoriske bindinger.* Dette utdypes ytterligere i brev av 30.6.05 *Retningslinjer for det videre arbeid med ny arbeids- og velferdsetat*, og endelig i brev av 6.9.05 fra Rikstrygdeverket, *Tilsetninger i stillinger i påvente av NAV.* Her gjentas at det ikke lenger kan foretas tilsetninger i stillinger som skaper organisatoriske bindinger. Videre pålegges etatene å utarbeide retningslinjer for egne tilsetninger innen utgangen av juli 2005.»

Det ble videre fremholdt at den lokale etatssjef var gitt en viss handlefrihet i forhold til retningslinjene, og at det slik sett var anledning til å foreta tilsetninger i faste stillinger der dette var en forutsetning for å opprettholde en «forsvarlig produksjon». A hevdet at Aetat hadde foretatt en intern vurdering av behovet for å tilsette en kommunikasjonsrådgiver, og nettopp kommet til at slik kompetanse var nødvendig for å opprettholde forsvarlig produksjon.

A mente derfor at Aetat ikke hadde saklig grunn til å stanse tilsettingen på det tidspunkt den ble stanset.

Endelig hevdet A at det i ettertid hadde blitt tilsatt en annen person i stillingen.

NAV avviste at det var tilsatt en annen person i stillingen. Vedkommende som i dag innehar stillingen, har i følge NAV tidligere hatt tilsvarende stilling ved Fylkestyngdekantoret i Y. Ved opprettelsen av ny arbeids- og velferdsetat ble hennes stilling videreført.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Dersom det blant søkerne til en statlig stilling er noen som er sagt opp i medhold av tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 10, eller har fått varsel om oppsigelse eller avskjed fra en like høyt eller høyere lønnet stilling, og tilsetningsorganet vil tilsette en annen, følger det av tjenestemannsloven § 5 nr. 4 at «Kongen eller den han bestemmer» skal avgjøre saken. Ved tjenestemannsforskriften 11. november 1983 nr. 1608 § 8 ble Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten opprettet for å avgjøre de saker hvor en av søkerne gjør gjeldende fortrinnsrett. Tilsetningsrådet avgjør med «bindende virkning» om den overtallige skal tilsettes, jf. forskriften § 7 nr. 5.

I nærværende sak har administrasjonen i Aetat imidlertid stanset tilsetningsprosessen etter at Tilsetningsrådet har foretatt tilsetting. I Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk Tjenestemannsrett (Tano Aschehoug 2000) s. 219 flg. heter det:

«Den administrative ledelse i en virksomhet [kan] stanse tilsettingssaken på ethvert trinn inn-

til en søker har fått rettskrav på stillingen. Dersom et tilsetningsvedtak er truffet i virksomhetens tilsetningsråd, kan fremdeles virksomhetens administrasjon stoppe tilsettingssaken. Vedtak truffet av Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten i samsvar med forskriftens § 7 nr. 5 siste ledd står i den forbindelse ikke i noen særstilling.»

Jeg slutter meg til denne forståelsen av loven. Etter alminnelige avtalerettslige regler om løftevirkninger, vil en søker først ha rettskrav på en stilling når tilbudet om tilsetting er kommet til søkerens kunnskap.

Etter dette synes det klart at Aetat i utgangspunktet hadde rettslig adgang til å stanse tilsetningsprosessen frem til A var underrettet om tilsettingen.

Forutsetningen for at tilsetningsprosessen i tilfelle skulle kunne stanses, var imidlertid at Aetat hadde *saklig grunn* for slik stansing. At Aetat var uenig i Tilsetningsrådets vedtak, var ikke i seg selv saklig grunn til å stanse tilsetningsprosessen.

Slik saken fremstår etter undersøkelsene herfra, synes den begrunnelse Aetat har gitt for stansingen isolert sett tilfredsstillende. Selv om de retningslinjer som var gitt åpnet for å ansette i faste stillinger i visse tilfeller, ga de etter mitt skjønn Aetat en oppfordring til hele tiden å foreta en aktiv evaluering av behovet for en kommunikasjonsrådgiver. Dersom det i løpet av tilsetningsprosessen viste seg at det ville kunne bli dobbeltkompetanse i det nye organet, må det klart nok ha vært saklig grunn til å stanse tilsetningsprosessen.

Det er imidlertid egnet til å svekke tilliten til avgjørelsen at Aetat valgte å stanse tilsettingen først etter at Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten hadde fattet sitt vedtak. Vedtaket fra det lokale tilsetningsrådet i Aetat, der B ble anbefalt tilsatt, ble truffet 14. september 2005. Stansingen skjedde 30. september 2005 - det vil si 2 dager etter vedtaket fra Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten og bare 16 dager etter vedtaket i det lokale tilsetningsråd. Slik saken er opplyst skjedde det lite i løpet av disse 16 dagene som var egnet til å avklare den uklarheten som i følge Aetat forelå med hensyn til praktiseringen av retningslinjene. Slik klageren har påpekt, ble retningslinjene fra departementet gitt mer enn tre måneder forut for tilsetningsvedtaket, og det burde ha vært god tid til å foreta denne avklaringsen tidligere.

Da det lokale tilsetningsrådet i Aetat 14. september 2005 ønsket å ansette en annen søker enn den fortrinnsberettigede, mener jeg Aetat på dette tidspunktet burde foretatt en grundig gjennomgang av så vel retningslinjene som sitt fremtidige behov for kommunikasjonsrådgiver. Det burde ikke vært nødvendig å vente med en slik gjennomgang til etter at Tilsetningsrådet for overtallige i staten hadde truffet vedtak i saken.

Saksbehandlingen, og den korte tiden som gikk mellom vedtaket i Tilsetningsrådet for overtallige ar-

beidstakere i staten og vedtaket om å stanse tilsettingsprosessen, etterlater tvil om den reelle begrunnelsen for vedtaket om å stanse tilsettingsprosessen. I mine undersøkelser har jeg bygget på dokumentene i saken samt de forklaringer som er gitt i klagen og i forvaltningens redegjørelse hit. Jeg kan derfor ikke ta stilling til den tvilen som foreligger om Aetats reelle begrunnelse for å stanse tilsettingsprosessen.

For ordens skyld presiserer jeg at jeg ikke finner grunn til å trekke i tvil NAVs redegjørelse for hvordan den nåværende kommunikasjonsrådgiver fikk stillingen.»

## 24.

### Betydning av sykefravær ved søknad om utvidelse av deltidsstilling

(Sak 2007/294)

*A søkte om utvidelse av sin deltidsstilling da kommunen lyste ut en 60 % stilling som omsorgsarbeider ved det bofellesskapet hun arbeidet. Kommunen kom til at A, som hadde utdanning som omsorgsarbeider, ikke var personlig skikket for utvidelse av deltidsstillingen fordi stillingen satte særlige krav til stabilitet, og hun hadde hatt et omfattende sykefravær de siste årene i tillegg til at hun var 100 % sykemeldt på tilsetningstidspunktet. Den som ble tilsatt hadde ikke fullført utdannelsen som omsorgsarbeider. I klagen til ombudsmannen anførte A at hun var blitt forbigått ved tilsettingen.*

*Ombudsmannen fant ikke grunn til å rette innvendinger mot den kvalifikasjonsvurderingen kommunen hadde foretatt, sett hen til omfanget av klagerens sykefravær og hensynet til beboerne og de andre ansatte ved bofellesskapet. Kommunen burde imidlertid ha opplyst klageren om at hennes tidligere fravær ville bli tillagt vekt, og dermed gitt henne mulighet til å uttale seg om saken. Hensynet til kvalifikasjonsprinsippet tilsa at kommunen burde lyst ut stillingen på nytt med lemping av kvalifikasjonskravene da den som ble vurdert som best kvalifisert ikke fylte de formelle kravene som var oppstilt i utlysningsteksten.*

Høsten 2006 foretok X kommune en intern utlysning av en 60 % fast stilling som hjelpepleier/omsorgsarbeider ved Y bofellesskap. Det ble stilt krav om autorisasjon som hjelpepleier eller fagbrev som omsorgsarbeider. A, som på søknadstidspunktet var tilsatt i en deltidsstilling ved det samme bofellesskapet, søkte på stillingen, men ble ikke tilsatt. Den som ble tilsatt i stillingen manglet på tilsetningstidspunktet noe praksis for å oppfylle kravene til fagbrev som omsorgsarbeider. Han ble midlertidig tilsatt, med krav om at han innen en bestemt dato bestod fagprøven som omsorgsarbeider.

A klaget til ombudsmannen over tilsetningsvedtaket. Hun anførte at kommunen ikke hadde adgang til å tilsette en person uten autorisasjon eller fagbrev

så lenge dette var oppstilt som krav i utlysningsteksten og det var søkere til stillingen som oppfylte kravet. A anførte videre at hun var den best kvalifiserte søkeren og at det ikke var adgang til å vektlegge at hun var sykmeldt på tilsetningstidspunktet.

Ombudsmannen innhentet saksdokumentene i saken fra X kommune. Sammen med kommunens oversendelse fulgte en nærmere redegjørelse for tilsetningsvedtaket. Kommunen opplyste at A var tilsatt fast i en 26,4 % stilling som omsorgsarbeider, men at hun de siste to årene hadde arbeidet i et 50 % vikariat ved bofellesskapet. Det ble videre opplyst at hun hadde hatt et omfattende sykefravær fra stillingen. Etter en totalvurdering ble A «vurdert til ikke å kunne fylle den aktuelle stillingen på tilsetningstidspunktet». Kommunen viste til at vurderingen var gjort ut fra hennes sykdomsbilde i forhold til det fysiske utfordrende arbeidet i bofellesskapet, og til at A var 100 % sykemeldt da tilsettingen skjedde.

Kommunen understreket at A var omfattet av kommunens IA-system med oppfølgingssamtaler. Det ble videre vist til at langtidssykmeldte normalt ikke vurderes for utvidede stillinger under sykmeldingen, men at det foretas en funksjonsvurdering ved gjeninntreden etter sykdom.

Kommunen uttalte at den som ble tilsatt var den klart best kvalifiserte for stillingen, og viste til at kommunens helhetlige plan for pleie, rehabilitering og omsorg åpner for tilsetting av ufaglærte under utdanning dersom det settes en tidsfrist for å fullføre fagutdanningen.

På vegne av A anførte KFO at A hadde fortrinnsrett til stillingen, jf. arbeidsmiljøloven (aml) 17. juni 2005 nr. 62 § 14-3, og at det ikke var adgang til å vektlegge at hun på tilsetningstidspunktet ikke kunne fylle stillingen på grunn av sykmelding. Det ble opplyst at As sykdom var akutt, og at legen hadde gitt uttrykk for at hun ville bli 100 % frisk. KFO anførte også at kommunens praksis om at deltidsansatte normalt ikke vurderes for utvidelse av stilling under langtidssykemelding, måtte anses å være i strid med aml § 14-3 og hovedtariffavtalen § 2.3. KFO mente at der det ikke foreligger opplysninger som sannsynliggjør at arbeidstakeren i fremtiden vil bli yrkeshemmet, vil det være et utenforliggende hensyn å legge vekt på legalt sykefravær ved kvalifikasjonsvurderingen.

Det ble videre anført at kommunen, ved å sette krav i utlysningsteksten om fagbrev eller autorisasjon, ikke kunne tilsette en ufaglært så lenge det fantes søkere som oppfylte det formelle kvalifikasjonskravet.

Kommunen ble bedt om å redegjøre nærmere for enkelte forhold, blant annet hvilket grunnlag den hadde for å vurdere As helsetilstand. Videre om A hadde fått anledning til å kommentere opplysningene om hennes helsetilstand før avgjørelsen ble truffet. Det ble bedt om en utdyping av praksisen for at langtidssykmeldte ikke vurderes for utvidede stillinger før de er tilbake i jobb etter fraværet. Til slutt ble

kommunen bedt om å klargjøre kommunens ansetelsespraksis der krav om fagbrev/autorisasjon står oppført i utlysningsteksten og ufaglærte under utdanning tilsettes.

I kommunens svar var det vedlagt en erklæring fra As lege om «kronisk sykdom/plager» i forbindelse med at A ønsket å ta ut ferie høsten 2006. Videre vedla kommunen utskrift av As fraværsløgg de siste årene. Kommunen viste til legeerklæringen og fraværsløggen som grunnlag for sin vurdering av As helsetilstand. Fraværsløggen viste følgende fravær: i 2004-55 dager, 2005-116 dager, 2006-128 dager. I deler av perioden hadde A hatt permisjon fra sin 26,4 % stilling for å jobbe i et 50 % vikariat. Sykefraværet inkluderte flere langtidssykemeldinger i tillegg til høy frekvens på kortidsfravær med egenmelding. Kommunen skrev følgende:

«Sett fra arbeidsgivers ståsted, her leder for Y bofellesskap, medfører et slikt fraværstilte over tid: a) ustabile forhold for særlig sårbare brukere, b) høy frekvens på innleie av korttidsvikarer/eks-travakter som følge av hyppig egenmeldingsfravær og c) betydelig mer belastning på øvrige ansatte i samme vaktgruppe.»

Det ble uttalt at det avgjørende for egnethetsvurderingen hadde vært det høye fraværet i perioden hun vikarierte i 50 % stilling, i tillegg til det svært høye fraværet under mesteparten av hennes samlede ansettelsestid i kommunen. Det forhold at hun på utlysningstidspunktet var sykmeldt var ikke avgjørende, men inngikk som et moment i vurderingen av det totale fraværstilte.

Kommunen opplyste at A ikke hadde fått kommentere opplysningene om sitt sykdomstilte før avgjørelsen ble truffet i tilsettingsaken.

Videre presiserte kommunen at det ved tilsetting av fagarbeidere kun var i svært sjeldne tilfeller at ufaglærte under utdanning ble ansett som bedre egnede enn formelt kvalifiserte søkere.

I KFOs svarbrev ble det presisert at A har en kronisk sykdom, men at hun «aldri har vært sykmeldt på grunn av denne lidelsen». Om bakgrunnen for sykefraværet de siste årene skrev KFO at hun «dessverre over noe tid [har] vært uheldig og pådratt seg en del akutte problemer». Vedlagt uttalelsen fulgte en utskrift fra journalene med oversikt over sykmedlingsdiagnosene.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Kvalifikasjonsvurderingen - spørsmålet om kommunen kunne legge avgjørende vekt på manglende stabilitet på grunn av høyt sykefravær

Det sentrale spørsmålet i saken er om klageren hadde fortrinnsrett til utvidelse av sin stilling som omsorgsarbeider da en ny deltidsstilling ble lyst ledig ved det bofellesskapet hun arbeidet. Etter arbeids-

miljøloven § 14-3 har deltidsansatte som er kvalifisert for stillingen slik fortrinnsrett. Bestemmelsen lyder:

#### «Fortrinnsrett for deltidsansatte

(1) Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

(2) Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten

...»

A fikk ikke tilbud om utvidelse av deltidsstillingen fordi X kommune mente at hun ikke «kunne fylle den aktuelle stillingen på tilsetningstidspunktet». Kommunen har senere presisert at kvalifikasjonsvurderingen hovedsakelig bygget på hennes omfattende sykefravær i nåværende stilling.

Spørsmålet er om det er adgang til å legge avgjørende vekt på manglende stabilitet ved vurderingen av om en formelt kvalifisert deltidsansatt er personlig skikket for en høyere stillingsprosent. For den kvalifikasjonsvurderingen som skal foretas i en slik situasjon, er det sentrale spørsmålet om søkeren for fremtiden vil kunne utføre de arbeidsoppgavene som ligger til stillingen. Vedkommendes tidligere arbeidsutførelse, herunder om vedkommende har vært mye borte fra arbeidet, vil være relevante momenter i den helhetsvurderingen som skal foretas. Etter mitt syn må det som utgangspunkt stilles nokså strenge krav til når en arbeidsgiver kan legge avgjørende vekt på at søkeren har hatt høyt fravær i de tilfellene der fraværet skyldes lovlig sykefravær. Dersom betydelig fravær rent faktisk har medført at en arbeidstaker ikke har maktet å stille sin arbeidskraft til rådighet i tilstrekkelig grad, vil imidlertid arbeidsgiveren kunne ha saklig grunn til ikke å innstille vedkommende til en høyere stillingsprosent. I den nærmere vurderingen vil det viktigste momentet naturlig nok være mengden av fravær, men også andre forhold knyttet opp mot selve stillingen, som hvordan fravær vil påvirke arbeidsplassen og arbeidsgiveren, kan tillegges betydning.

Det fremgår av kommunens fraværsløgg at As sykefravær prosentmessig utgjorde henholdsvis: 22 %, 41 % og 44 % for årene 2004, 2005 og 2006. Dette må betegnes som omfattende fravær fra deltidsstillingen på henholdsvis 26,4 % og 50 %. Kommunen har videre opplyst at stillingen som omsorgsarbeider ved Y bofellesskap innebærer arbeid som «tidvis innebærer å måtte håndtere fysiske utfordringer knyttet til brukers atferd». Det er videre opplyst at arbeidet ved bofellesskapet er knyttet opp mot særlig sårbare brukere, der stabilitet og kontinuitet er fremhevet som særlig viktig. Kommunen har videre vist til en betydelig merbelastning på de øvrige ansatte i samme vaktgruppe når en av medarbeiderne har omfattende fravær.

Denne stillingens karakter, og særlig hensynet til

den spesielt sårbare gruppen av tjenestemottakere stillingen skal betjene, tilsier etter mitt syn at det ved tilsetning vil være saklig å legge vekt på behovet for stabilitet og kontinuitet. Slik denne saken er opplyst her, kan jeg ikke se at det er rettslig grunnlag for å kritisere at X kommune la vekt på As tidligere fravær ved vurdering av hennes personlige skikkethet for stillingen.

2. *Var saken tilstrekkelig opplyst da tilsetningsvedtaket ble truffet?*

Tilsetning i offentlig stilling er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd. Det følger av dette at bestemmelsene om saksbehandling i forvaltningsloven som gjelder enkeltvedtak, med visse unntak (jf. § 3), får anvendelse for tilsetningsvedtak. Etter forvaltningsloven § 17 første ledd har forvaltningen en plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

KFO har på vegne av A argumentert med at A «... forventes å bli fullt ut funksjonsfrisk når albueldelsen er leget», og videre: «[h]vis kommunen hadde brydd seg med å spørre A og eventuelt innhente uttalelse fra hennes lege, ville de ha fått rede på at det ikke er knyttet usikkerhet til hennes fremtidige funksjonsevne».

Arbeidsmiljøloven § 9-3 inneholder følgende bestemmelse:

«§ 9-3. *Innhenting av helseopplysninger ved ansettelse*

(1) Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte.»

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr.49 (2004–2005) pkt. 12.6.4 er det gjort klart at nødvendighetskriteriet skal tolkes forholdsvis strengt, og at det «kun er de strengt saklige formål som kan ivaretas». Videre er det presisert at det ikke er tillatt å stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer. En arbeidsgiver har heller ikke rett til innsyn i diagnosen når en ansatt blir sykmeldt eller lov til å be en arbeidstaker opplyse hva sykefraværet skyldes. Slik jeg ser det, hadde X kommune neppe adgang til å be om opplysninger om årsaken til As tidligere sykefravær, slik KFO har hevdet.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om kommunen burde informert A om at den ville legge vekt på hennes tidligere sykefravær i forbindelse med tilsetningen i den utlyste stillingen. Ved å gjøre det ville kommunen gitt henne mulighet til på eget initiativ å uttale seg om sitt syn på fraværets art og mulighetene for å komme tilbake i full jobb. Dette ville kunne bidratt til at alle relevante fakta i saken ble bedre opplyst før avgjørelsen om tilsetning ble truffet. I

denne saken ville kommunen legge *avgjørende* vekt på søkerens tidligere fravær og manglende stabilitet i arbeidet. Etter mitt syn må tilsetningsmyndigheten i et slikt tilfelle anses å ha plikt til å opplyse søkeren om at tidligere manglende stabilitet ville bli sentralt ved skikkethetsvurderingen. Tilsetningsmyndigheten kunne i tilfellet også ha opplyst om hvorfor stillingens art medførte at stabilitet var særlig viktig. Søkeren må i et slikt tilfelle selv avgjøre om det er aktuelt å utdype forholdene nærmere.

3. *Forholdet mellom utlysningstekstens krav til fagbrev/autorisasjon og tilsetningen av en ufaglært*

Stillingen ved Y bofellesskap var lyst ut som «hjelpepleier/omsorgsarbeider», og det var stilt krav om autorisasjon eller fagbrev. Den personen som ble tilsatt i stillingen var under utdanning som omsorgsarbeider, og på tilsetningstidspunktet fylte han ikke det formelle kravet som var oppstilt i utlysningsteksten. Ved tilsetningen ble det satt som vilkår at han tok fagbrevet innen 1. juli 2007.

Klageren har anført at kommunen ikke hadde adgang til å tilsette en person uten autorisasjon eller fagbrev så lenge dette var oppstilt som krav i utlysningsteksten og det var søkere til stillingen som oppfylte kravet.

Det er ikke gjennom lov, forskrift eller avtale oppstilt formelle krav om utdanning for personer som skal ansettes ved et bofellesskap. Det vil i utgangspunktet derfor være opp til kommunen å avgjøre hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles ved tilsetningen.

Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder for tilsetninger i offentlig forvaltning tilsier imidlertid at det tilsettende organet skal søke å tilsette den best kvalifiserte for stillingen. En side av kvalifikasjonsprinsippet vil være at stillingen kunngjøres på en slik måte at aktuelle kandidater får mulighet til å søke. Kvalifikasjonsprinsippet skal også bidra til at søkere blir behandlet likt. Stillingen ble i dette tilfellet utlyst som «hjelpepleier/omsorgsarbeider», mens den som ble tilsatt ikke oppfylte dette kravet på tilsetningstidspunktet.

Når det i en tilsetningsprosess blir aktuelt å tilsette en søker som ikke fyller de kvalifikasjonskravene som er oppgitt i utlysningsteksten, må stillingen som hovedregel lyses ut på nytt, der det tilkjennevis at det kan være aktuelt å fravike de formelle kvalifikasjonskravene. På den måten åpnes det for at andre interesserte, og muligens bedre kvalifiserte søkere, kan melde seg som søker basert på de nye premisene.

Når det i X kommunes interne retningslinjer åpnes for å tilsette ufaglærte under utdanning, forutsatt at de finnes best kvalifisert, må utlysningsteksten gjenspeile denne muligheten. Kommunen har uttalt at de kun har tilsatt ufaglærte der det i utlysningsteksten har vært presisert at «personlig egnethet

vektlegges.» Jeg kan ikke se at dette oppveier for manglende informasjon i utlysningsteksten om at ufaglærte under utdanning også kan bli vurdert. Kommunen bør i fremtiden påse at utlysningstekstene presiserer hvorvidt autorisasjon/fagbrev er et krav til stillingen eller om ufaglærte under utdanning også vil kunne bli vurdert som kvalifiserte.

#### 4. Kommunes praksis om fortrinnsrett for deltidsansatte

Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på X kommunes generelle praksis vedrørende bruk av fortrinnsrett for deltidsansatte som er i sykmelding på tilsetningstidspunktet. Kommunen bør imidlertid merke seg mine generelle synspunkter ovenfor, herunder at jeg er av den oppfatning at det generelt sett skal nok så mye til før tidligere lovlig sykefravær kan tillegges vekt i en slik situasjon.»

## 25.

### Personlig opprykk til professor etter kompetanse

(Sak 2006/1195)

*En søknad om personlig opprykk til professor etter kompetanse ble avslått. Spørsmål om bedømmelseskomiteens faglige vurderinger og tilsettingsmyndighetenes avgjørelse bygget på korrekt rettslig grunnlag.*

*Bedømmelseskomiteens redegjørelser etterlot tvil om de faglige vurderinger bygget på korrekt rettslig grunnlag. Komiteens begrunnelse ga inntrykk av at det var lagt avgjørende vekt på at søkeren manglet «research at a doctoral level in two distinct fields within the discipline». Forskrift og vedtatt veiledning stiller krav om bredde, men universitetet kunne ikke vise til noen skriftlige kilder eller praksis som underbygget et krav om «two distinct fields within the discipline» i Norge. Klager hadde imidlertid vist til tilfeller der slikt krav ikke var stilt.*

*Universitetet ble bedt om å vurdere saken på nytt og avklare hvilke krav som gjelder i norsk rett for personlig opprykk til professor.*

A søkte om opprykk til professor etter kompetanse ved et universitet. Tilsettingsutvalget fikk ansvaret for den nasjonale bedømmelsen innenfor fagfeltet britisk litteratur, og oppnevnte en bedømmelseskomité bestående av tre professorer fra ulike utenlandske universiteter. Komiteen avga rapport der det fremgikk at den ikke var overbevist om at A tilfredstilte kravene i den norske forskriften. Det fremgikk videre at:

«While there may be in dr As publications sufficient material to be counted as equivalent to two monographs, it could not be said that there is evi-

dence of research at doctoral level in two distinct fields within the discipline.»

I sine merknader til rapporten påpekte A blant annet at «research at doctoral level in two distinct fields within the discipline» ikke var omtalt i regelverket, og at kravet til bredde ikke kunne forstås slik komiteen hadde lagt til grunn. I en ny redegjørelse fastholdt komiteen likevel sin tidligere vurdering. Tilsettingsutvalget ved universitetet traff etter dette vedtak, der bedømmelseskomiteens vurdering av A ble lagt til grunn.

Forskerforbundet klaget saken inn for ombudsmannen på vegne av A. Det ble reist spørsmål om komiteen og tilsettingsutvalget hadde rettslig grunnlag for å avslå As søknad om opprykk. Forskerforbundet anførte at kravet om kompetanse innenfor «two distinct fields within the discipline» ligger utenfor det som kreves etter etablerte standarder, og at universitetet ikke hadde godtgjort eller fremlagt dokumenter som viser at et slikt krav gjelder i norsk rett. Forskerforbundet fremholdt videre at avslaget på søknaden til A var i strid med praksis, fordi det tidligere er gitt opprykk innenfor et smalere fagfelt enn i As tilfelle. Ombudsmannen ble bedt om å vurdere om avgjørelsen var truffet på grunnlag av feil forståelse av regelverket. Subsidiært ba Forskerforbundet ombudsmannen anmode universitetet om å gjøre kompetansekravene kjent for søkerne.

I brev herfra ble universitetet bedt om å kommentere anførselen om at avgjørelsen var i strid med etablert praksis. Universitetet ble også bedt om å redegjøre nærmere for de faglige kravene som stilles for opprykk til professor innenfor fagfeltet britisk litteratur - herunder hva som ligger i uttrykket «etablerte standarder for professorkompetanse», og om bedømmelseskomiteens krav kunne sies å være omfattet av disse etablerte standardene.

I universitetets redegjørelse var det vist til en redegjørelse fra Det humanistiske fakultet, og opplyst at bedømmelsen var gjort i tråd med etablert praksis. Universitetet hevdet at «etablerte standarder» innebærer at «søker må ha tilstrekkelig dybde og bredde innenfor sitt fagområde», og at komiteen mente at kravet til bredde ikke var oppfylt. Det ble opplyst at kravet til bredde blant annet fremgår av «Veiledning for bedømmelseskomiteer til professorat», og at komiteen hadde hatt tilgang til dette dokumentet.

Forskerforbundet kom med merknader til universitetets redegjørelse, og viste til daværende Utdannings- og forskningsdepartementets rundskriv F-015-02, som skal legges til grunn ved vurderingen av søknader om opprykk. Rundskrivet inneholder ikke krav om «two distinct fields within the discipline». Forskerforbundet fastholdt at komiteen i denne saken hadde fraveket de etablerte standarder for professorkompetanse og opprykk.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det fremgår av den tidligere universitetsloven 12. mai 1995 nr. 22 (som gjelder for vår sak) § 30 nr. 6 at departementet kan gi nærmere bestemmelser om opprykk i undervisnings- og forskerstillinger. I Utdannings- og forskningsdepartementets rundskriv F-015-02 er det gitt nærmere regler om fremgangsmåte og krav ved søknader om personlig opprykk til professor etter kompetanse. Det fremgår av rundskrivet § 10 at:

«Bedømmingskomiteene skal legge etablerte standarder for professorkompetanse til grunn for bedømmingen.»

Etter anbefaling fra Det nasjonale fakultetsmøtet for historisk-filosofiske fag, vedtok fakultetsrådet 14. desember 1993 en veiledning for bedømmelseskomiteer til professorat. Om kravet til vitenskapelig bredde fremgår det at:

«Det bør kunne påvises en vitenskapelig arbeidsinnsats med kvalitet og volum som om lag svarer til to doktorgradsavhandlinger på felter relevante for den utlyste stilling for at professorkompetanse meddeles.»

Krav om forskning «within two distinct fields of the discipline» fremgår ikke av ordlyden i departementets rundskriv eller fakultetsrådets veiledning. Det avgjørende etter rundskrivet og veiledningen synes å være en vurdering av om søkeren har vist tilstrekkelig bredde innenfor det aktuelle fagfeltet ut fra «etablerte standarder for professorkompetanse». Det nærmere kravet til bredde vil variere fra fagområde til fagområde, der praksis nødvendigvis vil få betydning for hvilke krav som stilles. Jeg er enig med universitetet i at bedømmelseskomiteen må ha betydelig frihet til å definere kravets nærmere innhold innen det fag som forskningskompetansen gjelder. Forutsetningen er imidlertid at bedømmelseskomiteen i den enkelte sak holder seg innenfor de generelle krav som er etablert gjennom rundskriv, veiledning og praksis.

Slik denne saken er opplyst, er det ikke mulig for meg å ta stilling til spørsmålet om de norske reglene gir grunnlag for å stille krav om forskning innen to «distinct fields within the discipline». Jeg har merket meg at verken rundskrivet eller veiledningen stiller et slikt uttrykkelig krav, og at universitetet heller ikke har kunnet påvise slik praksis. Forskerforbundet har på sin side vist til enkelte tilfeller der et slikt krav ikke er stilt. Dette kan tilsi at kravet ikke er absolutt, men snarere ett av flere momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen av om en søker har vist tilstrekkelig bredde i forskningen.

Bedømmelseskomiteens begrunnelser gir inntrykk av at departementets rundskriv er forstått slik at det kreves forskning innen «two distinct fields within the discipline», og at dette er et absolutt krav. Gjennomgangen av saken tyder på at det er en viss

uklarhet med hensyn til hvilke krav som stilles, og om det er grunnlag for å stille absolutte krav ved personlig opprykk til professor i Norge. Selv om de faglige kravene verken kan eller bør være for detaljerte, og selv om bedømmelseskomiteen har stor grad av skjønnsfrihet ved vurderingen av konkrete søkere, tilsier hensynet til både søkere og bedømmelseskomité at det er minst mulig tvil om krav og vurderingstema.

Bedømmelseskomiteens begrunnelse forstås slik at A ikke oppfylte kravet til forskning innen «two distinct fields within the discipline», og at dette var avgjørende for komiteens konklusjon. Det kan derfor synes som om komiteen har lagt til grunn at rundskrivet stiller et slikt absolutt krav. Selv om jeg ikke kan prøve komiteens faglige vurdering av As forskning, etterlater begrunnelsen tvil om komiteens vurdering bygger på en korrekt forståelse av regelverket. Jeg ber derfor om at universitetet innhenter en ny vurdering av As faglige kvalifikasjoner på grunnlag av korrekt forståelse av regelverket.»

## 26.

### Fortrinnsrett for overtallig arbeidstaker til stilling med høyere lønn enn den stillingen arbeidstakeren hadde frafrådt

(Sak 2007/1260)

*Klageren var overtallig fra Forsvaret, og ba Fornyings- og administrasjonsdepartementet om en vurdering på om han hadde fortrinnsrett til en stilling som losbåtfører. Departementet fant at han ikke hadde det, ettersom losbåtførerstillingen var høyere lønnet enn den stillingen klageren hadde frafrådt. I vurderingen av om losbåtførerstillingen var høyere lønnet, var det lagt avgjørende vekt på definisjonen av «lønn» i hovedtariffavtalen.*

*Fortrinnsrett for overtallige søkere i staten er utledet av tjenestemannsloven med forskrift. Ombudsmannen la til grunn at det måtte tas utgangspunkt i lovens krav om «annen passende stilling». Hovedtariffavtalens definisjon av «lønn» vil normalt gi et godt utgangspunkt for vurderingen av om fortrinnsrett er krevd for en høyere lønnet stilling. Dersom det er konkrete holdepunkter for at tolkingen og anvendelsen av lønnsbegrepet i hovedtariffavtalen vil føre til et resultat som er i dårlig samsvar med ordlyden i forskriften, bør imidlertid departementet åpne for å foreta en mer konkret vurdering enn det dagens praksis synes å legge opp til.*

*Departementet vurderte den konkrete saken på nytt i lys av ombudsmannens uttalelse, men mente fortsatt at den aktuelle stillingen var høyere lønnet enn klagerens tidligere stilling. Ombudsmannen tok den nye vurderingen til etterretning. Uttalelser i departementets brev var imidlertid egnet til å skape tvil om departementets forståelse av reglene om for-*

*trinnsrett, og ombudsmannen gjorde oppmerksom på det i eget brev til departementet.*

A var overtallig fra en stilling i Forsvaret, og søkte en stilling som losbåtfører i Kystverket. Han henvendte seg til Fornyings- og administrasjonsdepartementet og ba om en vurdering av om han hadde krav på fortrinnsrett til stillingen.

Departementet avviste at A hadde fortrinnsrett til stillingen. Departementets hovedbegrunnelse var at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldende til «høyere lønte stillinger», og det ble vist til regelen i forskrift til tjenestemannsloven 11. november 1983 nr. 1608 § 7 nr. 1. Departementet pekte på at A i sin tidligere stilling hadde lønnstrinn 32 på A-tabellen, i tillegg til lønnstrinn 8 på B-tabellen og variable tillegg tilsvarende lønnstrinn 62 på B-tabellen, noe som tilsvarer ca. lønnstrinn 43. I lys av hans tjenesteansienitet ville den stillingen A søkte på gi rett til lønnstrinn 31 på A-tabellen, i tillegg til lønnstrinn 21 + 90 på B-tabellen som følge av en lokal særavtale, noe som i følge departementet tilsvarer ca. lønnstrinn 49.

A hevdet at departementet bygget på en gal forståelse av tjenestemannsloven. Det ble argumentert med at den tidligere stilling reelt sett var bedre lønnet enn stillingen som losbåtfører, og at dette måtte være avgjørende. Fornyings- og administrasjonsdepartementet avviste dette. Departementet hevdet at variable tillegg ikke kunne tas med i beregningen når det skulle vurderes om det var tale om «høyere lønte stillinger» i forskriftens forstand, i motsetning til godtgjørelse for turnusarbeid etter den lokale særavtalen for losførerne. Det ble vist til definisjonen av begrepet «lønn» i statens hovedtariffavtale, fellesbestemmelsene § 2 nr. 1.

Etter en gjennomgang av sakens dokumenter her, ble Fornyings- og administrasjonsdepartementet bedt om å redegjøre nærmere for sin tolkning av uttrykket «høyere lønte stillinger».

I departementets svar er det opplyst at begrepet har vært gjenstand for en omfattende tolkning av departementet. Det ble innledningsvis pekt på at begrunnelsen for regelen om at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldende til høyere lønte stillinger er at man ikke skal kunne skaffe seg et avansement eller en lønnsøkning gjennom reglene om fortrinnsrett.

Departementet viste til at begrepet «høyere lønte stillinger» ikke er entydig etter at statens lønnsystem ble endret i 1991, da noen stillinger ble plassert på lønnsrammer og andre på lønsspenn. Etter departementets syn var det i mangel av andre holdpunkter hensiktsmessig å forholde seg til en eksisterende avtalebestemt definisjon av lønnsbegrepet, og mente at hovedtariffavtalens definisjon var det naturlige utgangspunkt. Det ble pekt på at definisjonen «normalt ikke vil inneholde skjønnsmomenter og derav følgende mulighet for forskjellsbehandling av søkere».

Konkret i forhold til den stillingen klageren hadde søkt på, skrev departementet:

«I den aktuelle saken vil «lønn» i As tidligere stilling etter hovedtariffavtalens definisjon bestå av summen av lønn på A-tabellen (lfr. 32) og lønn på B-tabellen (lfr.8). Han har dessuten hatt faktiske variable tillegg som utgjorde et beløp tilsvarende lfr. 62 på B-tabellen ved fratreden. Variable tillegg av denne typen vil imidlertid falle utenfor hovedtariffavtalens definisjon av begrepet «lønn», selv om dette eventuelt kan gi grunnlag for ventelønn og pensjon etter vedlegg 4 i hovedtariffavtalen.

I den stilling A har søkt, vil stillingens «lønn» bestå av lønn på A-tabellen, med tillegg av lønn som han ville få rett til (ha krav på) etter den lokale særavtalen, dvs. tillegg også etter B-tabellen (lfr. 90). Det er altså et vesentlig poeng at det her eksisterer en særavtale i virksomheten som gir stillingsinnehaveren krav på et bestemt tillegg.»

I sine kommentarer til departementet argumenterte A for at særavtalen i stillingen som losbåtfører nettopp regulerer variable tillegg som faller vekk dersom skiftarbeidet opphører. Han mente at det i forhold til forståelsen av begrepet «høyere lønte stillinger» ikke kan skilles mellom variable tillegg utbetalt over B-tabellen og variable tillegg utbetalt som månedlige tillegg.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Ved en omstillingsprosess hvor en tjenestemann kan stå i fare for å bli oppsagt, har arbeidsgiver et ansvar for å finne alternativer til oppsigelse. I henhold til tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 13 nr. 2 har en tjenestemann som blir oppsagt, under visse forutsetninger fortrinnsrett til en «annen passende stilling i staten».

Foruten å bidra til formålet om et effektivt stillingsvern, er fortrinnsretten ment å medvirke til gode og framtidsrettede omstillingsprosesser ved at arbeidstakerne har forventninger om videreføring av ansettelsesforholdene der det er saklig grunnlag for det. Fortrinnsretten innbærer et unntak fra det ulovfestede kvalifikasjonsprinsipp i staten ved at arbeidsgiver ikke fritt kan velge den best kvalifiserte ved nyansettelse i virksomheten, så lenge den fortrinnsberettigede er kvalifisert.

Med «passende stilling» menes at stillingen skal være adekvat, høvelig eller egnet. Den nye stillingen må ha det samme grunnpreget som den tidligere stillingen. Uttrykket må forstås relativt vidt. Tjenestemannen må ha de nødvendige faglige og personlige egenskaper for den nye stillingen. Dersom den nye stillingen innholdsmessig avviker sterkt fra den tidligere stillingen, vil man lett komme til at den ikke er «passende» i lovens forstand. «Passende stilling» innebærer også en viss lønnsmessig likhet, og forskrift til tjenestemannsloven 11. november 1983 nr. 1608 § 7 nr. 1 siste setning presiseres «annen passende stilling» slik:



«Fortrinnsrett kan ikke gjøres gjeldende til høyere lønte stillinger enn den vedkommende må fratreges.»

Dette innebærer at lønnen i den stillingen det kreves fortrinnsrett til må sammenlignes med lønnen i den tidligere stillingen. Utgangspunktet for denne vurderingen er ordlyden i tjenestemannsloven § 13 nr. 2 sammenholdt forskriftens § 7. Tolkningen av begrepet «høyere lønte stillinger» må baseres på uttrykkets alminnelige betydning, og det må forstås i lys av blant annet fortrinnsrettens formål. Departementet har vist til at en arbeidstaker ikke gjennom fortrinnsretsreglene bør kunne skaffe seg et avansement eller en lønnsøkning. Dette er i samsvar med så vel formålet bak reglene som ordlyden i forskriften, og jeg er enig i at uttrykket «høyere lønte stillinger» må forstås i lys av det. Det må imidlertid foretas en reell vurdering av lønnen i den stillingen vedkommende er oppsagt fra og den stillingen det er søkt om fortrinnsrett til.

Spørsmålet i den foreliggende sak er hvorvidt, og eventuelt på hvilken måte, variable tillegg er relevante ved vurderingen av om en stilling er høyere lønnet eller ikke i forskriftens forstand. Departementet har lagt til grunn at As variable tillegg i stillingen han ble oppsagt fra ikke kan medregnes i stillingens lønn, og derfor ikke skal tas med i sammenligningsgrunnlaget. Det er vist til at lønnsdefinisjonen i hovedtariffavtalen, i mangel av andre holdepunkter, må anvendes ved sammenligning av lønnen, og at departementet i praksis har forholdt seg til denne definisjonen ved vurderingen av «høyere lønte stillinger» i forskriftens § 7. Definisjonen av begrepet «lønn» i statens hovedtariffavtale, fellesbestemmelsene § 2 nr. 1 lyder:

«Lønn omfatter stillingens lønn etter hovedlønnstabellens og tilleggslønnstabellens satser dersom ikke annet er avtalt, jf. for eksempel § 11 nr. 1.»

Hovedtariffavtalen er fremforhandlet av partene i arbeidslivet, og avtalens definisjon av lønn gir presumptivt et godt uttrykk for lønnsbegrepet. Normalt vil definisjonen også gi et resultat som er i samsvar med tjenestemannsloven med forskrift og formålet bak ordningen med fortrinnsrett. Det er videre en retts teknisk enkel løsning, som samtidig gir en viss grad av forutberegnelighet for og likebehandling av søkere.

Det er imidlertid, ut fra en alminnelig språklig forståelse av begrepet «høyere lønte stillinger», ikke opplagt at hvorvidt variable tillegg utbetales etter en særavtale over B-tabellen eller ikke, bør være avgjørende for spørsmålet om hva som er en høyere lønnet stilling. A har hevdet, uten at det synes imøtegått av departementet, at hans tidligere stilling er så å si identisk med losbåtførerstillingen, og at førstnevnte stilling reelt sett var bedre lønnet. Det er videre påpekt at det ved forståelsen av begrepet «høyere lønte stillinger» ikke kan skilles mellom variable tillegg utbetalt

over B-tabellen og variable tillegg utbetalt som månedlig tillegg. Til dette kommer at det fremgår eksplisitt av den aktuelle særavtalen at utbetalingene etter avtalen er et substitutt for enkelte variable tillegg etter hovedtariffavtalen.

I den grad skiftarbeidet er av mer eller mindre samme karakter i begge stillinger, lønnen som faktisk utbetales er den samme, og særavtalen i den nye stilling i realiteten kun er et substitutt for de variable tillegg arbeidstakerne ellers ville hatt krav på, er det vanskelig å se at det er grunnlag for å hevde at den ene stillingen i realiteten er bedre avlønnet enn den andre.

Motsatt vil tilfellet være der en skiftarbeider med en særavtale som reelt sett bare kompenserer for de variable tillegg etter hovedtariffavtalen, søker en tilsvarende skiftarbeiderstilling uten slik særavtale. Dersom definisjonen i hovedtariffavtalen legges ukritisk til grunn i et slikt tilfelle, vil vedkommende etter omstendighetene kunne kreve fortrinnsrett til en stilling som har høyere grunnlønn enn den han fratrer, og i tillegg ha krav på variable tillegg etter hovedtariffavtalen. Fører skiftarbeidet til at det er en viss regularitet i de variable tilleggene, er det nærliggende å si at han eller hun derved vil skaffe seg en lønnsøkning gjennom fortrinnsrettsinstituttet. Som departementet selv har fremholdt, er et slikt resultat klart nok ikke meningen.

I den foreliggende sak synes det etter dette å være omstendigheter som indikerer at en helt mekanisk bruk hovedtariffavtalens lønnsdefinisjon vil kunne gi et utfall som står i et anstrengt forhold til ordlyden i forskriften § 7 og formålet bak ordningen med fortrinnsrett. Slik stillingen som losbåtfører er beskrevet av klageren, antar jeg den vil være en «passende stilling» i tjenestemannslovens forstand, såfremt den ikke er høyere lønnet enn hans tidligere stilling. Jeg er videre enig i at lønnsbegrepet i hovedtariffavtalen er et godt utgangspunkt for vurderingen av om fortrinnsrett er gjort gjeldende for høyere lønte stillinger, og har forståelse for at departementet har innrettet sin praksis i samsvar med dette. Men der det foreligger *konkrete holdepunkter* for at anvendelsen av lønnsdefinisjonen i hovedtariffavtalen vil føre til et resultat som er i dårlig samsvar med ordlyden i forskriften, antar jeg at det bør foretas en mer konkret sammenligning med sikte på å avgjøre om det reelt sett er tale om fortrinnsrett til en høyere lønnet stilling.

Da departementet, i tråd med sin egen praksis, ikke har foretatt en slik konkret vurdering, har jeg kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken. Jeg ber derfor departementet vurdere saken på nytt med henblikk på å avklare hvorvidt As tidligere stilling reelt sett var høyere eller lavere lønnet enn den losbåtførerstilling han krevde fortrinnsrett til.

Det presiseres at jeg med dette ikke har tatt stilling til om A faktisk kunne kreve fortrinnsrett eller ikke.

Departementet bes holde ombudsmannen orientert om utfallet av den nye vurderingen.»

Fornyings- og administrasjonsdepartementet kom i brev til ombudsmannen tilbake til saken, og fremholdt at det var viktig at fortrinnsrettsordningen er «praktikabel og klar, slik at den ikke gir grunnlag for et tilnærmet fritt skjønn i enkeltsaker og derav følgende tvister». Det ble pekt på at det var et stort antall personer som kan hevde fortrinnsrett i staten, tidvis også flere til samme stilling, og departementet mente det ikke burde være et «varierende skjønn» som avgjorde spørsmålet. Videre skrev departementet:

«Departementet mener at det ikke er praktikabelt å legge til grunn et generelt prinsipp hvor man skal gå inn i hver enkelt sak for å vurdere om man skal legge andre kriterier enn lønn til grunn for å avgjøre om fortrinnsrett kan hevdes til en bestemt stilling eller ikke. Tilsvarende gjelder om man skal kunne fravike statens lønnsbegrep i noen saker, men følge dette begrepet i andre.»

På tross av dette hadde departementet likevel foretatt en fornyet vurdering av As sak. Departementet mente imidlertid fortsatt at losbåtførerstillingen var bedre lønnet enn As tidligere stilling, og at A ikke hadde fortrinnsrett til denne.

Ombudsmannen tok den nye vurderingen til etterretning. I sitt avsluttende brev til departementet, fremholdt han imidlertid at visse uttalelser i departementets brev var egnet til å skape tvil om departementets forståelse av reglene om fortrinnsrett. Han uttalte videre:

«Fortrinnsretten utledes av tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 og forskrift til tjenestemannsloven 11. november 1983 nr. 1608. Disse rettsgrunnlagene danner utgangspunktet for fortrinnsretten, og så vel loven som forskriften gir klart nok anvisning på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet.

Vurderingen forutsetter imidlertid en grad av faglig skjønn med hensyn til hva som er «annen passende stilling» og hva som ligger i begrepet «høyere lønte stillinger». Som nevnt i min uttalelse har jeg forståelse for at det kan være behov for en viss standardisering av dette skjønnnet. Lønnsbegrepet i hovedtariffavtalen er et godt utgangspunkt, og jeg har ingen innvendinger mot at vurderingen normalt baseres på denne størrelsen. På den annen side vil en standardisering av skjønnnet i ytterste konsekvens kunne føre til resultater som strider mot ordlyden i og hensynet bak tjenestemannslovens bestemmelse om fortrinnsrett for overtallige. Departementets praksis vil derfor vanskelig fullt ut kunne erstatte den konkrete vurderingen loven og forskriften forutsetter. Dette gjelder selv om en slik konkret vurdering vil være mer ressurskrevende enn dagens praksis, og uansett hva departementet anser som mest praktisk. Jeg står derfor fast på at dersom det foreligger indikasjoner på at anvendelsen av lønnsbegrepet i hovedtariffavtalen vil føre til et resultat som er i dårlig samsvar med ordlyden i hjemmelsloven og forskriften, vil departementet måtte foreta en mer

konkret vurdering enn departementets praksis synes å legge opp til.

For ordens skyld legger jeg til at det under ingen omstendighet vil være tale om et «varierende skjønn», som departementet synes å frykte. Hva som ligger i «annen passende stilling» og «høyere lønte stillinger» vil måtte utledes på bakgrunn av alminnelig juridisk metode og anvendelsen vil måtte skje innenfor rammene av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet og forsvarlighet. Jeg nevner også at det nok i de fleste tilfeller vil være på det rene om den stillingen det kreves fortrinnsrett til er høyere lønnet eller ikke. Lovens og forskriftens krav om en konkret vurdering vil derfor neppe medføre en radikal omlegging av departementets praksis.»

## 27.

### **Fortrinnsrett for en overtallig arbeidstaker – spørsmål om tilsettingsprosessene hadde foregått på en forsvarlig måte**

(Sak 2007/896)

*A var overtallig i X kommune og søkte to stillinger i kommunen, uten å bli tilsatt. For den ene stillingen mente kommunen at A ikke var faglig kvalifisert, og for den andre mente kommunen at A ikke oppfylte de personlige forutsetningene som var nødvendige for stillingen. A mente hun hadde fortrinnsrett til begge stillingene.*

*Ombudsmannen mente at en søker må oppfylle både faglige kvalifikasjoner og personlige forutsetninger som er nødvendige for en stilling, for å være kvalifisert og dermed fortrinnsberettiget til denne. Kommunen syntes ikke å ha fulgt egne avtaleforpliktelser om fremgangsmåten ved tilsetninger hvor overtallige er blant søkerne. Undersøkelsene avdekket gjennomgående manglende skriftlighet i saksbehandlingen som ikke gjorde det mulig for ombudsmannen å etterprøve de vurderingene som var gjort og dermed ta stilling til de tilsettingsvedtakene som var truffet. Ombudsmannen mente at tilsettingsprosessene samlet sett virket uoversiktlige og var mangelfullt dokumentert, og det var derfor vanskelig å få tillit til at prosessene hadde gått for seg på en forsvarlig måte.*

I forbindelse med nedleggelsen av en avdeling i X kommune, var A en av flere ansatte som ble definert som overtallig og overført til en egen omstillingsavdeling. For de overtallige inngikk fagorganisasjonene og kommunen «Avtale om omplassering av overtallige i kommunen».

A søkte fast stilling som driftsansvarlig i X kommune. Hun var en av seks søkere som ble innkalt til intervju, men ble ikke innstilt til stillingen. Senere søkte A fast stilling som driftsassistent ved institusjonstjenesten i samme kommune. Kommunen tilsatte den som hadde vikariert i stillingen, og A ble verken innkalt til intervju eller innstilt til denne stil-

lingen. I to senere brev tok A spørsmålet om forbigåelse og fortrinnsrett opp med kommunen, og ba om innsyn i søkerlister og den tilsattes CV.

A klaget til ombudsmannen over begge tilsettningene. Hun mente at hun som overtallig i kommunen hadde fortrinnsrett til begge stillingene, og mente også det forelå flere mangler ved kommunens saksbehandling.

Tilsettingen av driftsassistent ble tatt opp med X kommune. Det ble vist til at klageren i søknaden hadde opplyst at hun var overtallig i kommunen. Det ble påpekt at det ut fra de oversendte saksdokumentene ikke kunne ses at kommunen hadde fulgt fremgangsmåten om drøftinger m.m. i punkt 10) og 11) i den oversendte omplasseringsavtalen, som bl.a. inneholder regler for fremgangsmåten ved tilsetninger hvor overtallige er blant søkerne. Det ble vist til at det heller ikke fremgikk av de oversendte dokumentene at kommunen i forbindelse med tilsettingen hadde tatt stilling til spørsmålet om fortrinnsrett på grunn av overtallighet.

Kommunen ble bedt om å opplyse hvordan avtalens punkt 10) og 11) ble praktisert. Det ble bedt om kommentarer til at det ut fra ordlyden i avtalen er tilstrekkelig til å utløse fremgangsmåten etter punkt 10) og 11) at den aktuelle søkeren er definert som «overtallig», uavhengig av om ansettelsesmyndigheten finner vedkommende kvalifisert for stillingen eller ikke. Det ble bedt om en bekreftelse på at det ikke var gjennomført drøftingsmøter etter avtalens bestemmelser i denne saken, og eventuelt en forklaring på årsaken til dette. Kommunen ble også spurt om den anså spørsmålet om fortrinnsrett tilstrekkelig opplyst da tilsetningsvedtaket ble truffet. Videre ble det bedt om en kommentar til at det ikke kunne ses at kommunen hadde gitt A noen tilbakemelding på anførselen om overtallighet, som hun tok opp med kommunen etter tilsettingen.

Også tilsettingen av driftsansvarlig ble tatt opp med X kommune. Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for vurderingen av As kvalifikasjoner for stillingen som driftsansvarlig. Det ble vist til at A i søknaden hadde opplyst at hun var overtallig i kommunen. På denne bakgrunn ble det bedt om en redegjørelse for hvordan kommunen forholdt seg til punkt 5) i omplasseringsavtalen, der det bl.a. er vist til at det ikke er nødvendig at søkeren er best kvalifisert, men at det er nok at søkeren er tilstrekkelig kvalifisert for stillingen. Også i denne saken ble det spurt om det var tilfelle at kommunen ikke hadde gjennomført slike drøftingsmøter som følger av kommunens omplasseringsavtale, og hva som var årsaken til dette.

Kommunen fremholdt at det ved utlysning av stillingen som driftsassistent bl.a. var forutsatt at arbeidstiden var fra kl. 07.00 - 15.00, og at viktige arbeidsoppgaver måtte utføres før personalet begynte kl. 08.30. Kommunen viste til at A i sin søknad hadde opplyst at hun ikke kunne starte arbeidet før kl. 08.30 om morgenen, og at hun dermed ikke oppfylte

en absolutt forutsetning for stillingen. Kommunen fremholdt videre at «som følge av klagerens opplysning/betingelse for søknaden, var heller ikke hennes fortrinnsrett til stillingen aktuell, og det var heller ikke aktuelt å innlede drøftinger med arbeidstagerorganisasjonene eller i omstillingsutvalget».

Til stillingen som driftsansvarlig, opplyste kommunen at denne i utgangspunktet lå på et høyere nivå enn den stillingen A hadde da hun ble overtallig i kommunen. A ble innkalt til intervju for å få klarhet i om hun var kvalifisert til stillingen. Under intervjuet kom det klart frem at hun ikke hadde den erfaringen som var nødvendig for stillingen. I følge kommunen var det åpenbart at disse manglene ved As kompetanse og erfaring ikke kunne rettes opp og utfylles så raskt og hensiktsmessig at dette fremstod som en aktuell prosess. Kommunen viste til at hovedtillitsvalgte var enig i at A ikke hadde tilstrekkelig kompetanse for stillingen.

A kom med enkelte merknader til kommunens redegjørelse.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Generelt om fortrinnsrett

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) 17. juni 2005 nr. 62, har i § 14-2 regler om fortrinnsrett, der det i bestemmelsens første punkt heter:

«Arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstakeren ikke er kvalifisert for.»

Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-2 forutsetter at arbeidstageren er kvalifisert for stillingen. I kommunens «Avtale om omplassering av overtallige», heter det om dette i punkt 5:

«Det kreves at den overtallige arbeidstaker har nødvendige faglige og personlige kvalifikasjoner. Det er imidlertid ikke nødvendig at søkeren er best kvalifisert, det holder at søkeren er tilstrekkelig kvalifisert for stillingen. Dersom mangler ved kvalifikasjoner kan rettes ved kortvarig, supplerende utdanning, kan søkeren tilsettes på betingelse av at vedkommende tar slik tilleggsutdanning.»

Både kommunens avtale og lovens ordlyd innebærer at arbeidsgiveren ikke fritt kan velge den best kvalifiserte søkeren, dersom det finnes en fortrinnsberettiget søker som er kvalifisert.

### 2. Stillingen som driftsansvarlig

#### 2.1. Skriftlighet i saksbehandlingen

Avgjørende for om A kunne kreve fortrinnsrett til stillingen er om hun var kvalifisert til stillingen som driftsansvarlig.

I brev hit har kommunen vist til at det gjennom

intervjuet med klageren kom klart frem at hun ikke hadde tilstrekkelig kompetanse for stillingen, og at det var åpenbart at manglene ved klagerens kompetanse og erfaring ikke kunne rettes opp og utfylles så raskt og hensiktsmessig at dette fremstod som en aktuell prosess.

Disse påstandene og vurderingene kan ikke bekrefte av opplysninger i sakens dokumenter. Det foreligger verken intervjureferater eller andre nedtegninger av de vurderingene som kommunen gjorde under og umiddelbart etter intervjuet med klageren.

Det er et grunnleggende ulovfestet krav til all offentlig forvaltning at avgjørelsene skal være saklig begrunnet, og at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 24 og 25 er et utslag av dette. Selv om disse bestemmelsene ikke gjelder for tilsetningssaker, jf. forvaltningsloven § 3 annet ledd, betyr ikke det at tilsetningsmyndigheten er unntatt fra plikten til saklig begrunnelse og forsvarlig saksbehandling.

Hensynet til god forvaltningsskikk tilsier at hovedpunktene i saksbehandlingsprosessen blir nedtegnet skriftlig. Skriftlighet er nødvendig for at det i ettertid skal være mulig å dokumentere og kontrollere både det faktiske grunnlaget for avgjørelsen og de vurderingene som er gjort. Manglende skriftlighet kan dessuten medføre svekket tillit til at avgjørelsen ikke bygger på usaklige eller utenforliggende hensyn.

Behovet for skriftlig nedtegning kommer klart frem i denne saken, ved at klageren i et av brevene hit har presentert en annen oppfatning av hvilke temaer det ble brukt tid på under intervjuet og konklusjonene på drøftingen av disse. Dersom kommunen hadde sørget for skriftlige nedtegninger under intervjuet av hva som kom frem der og hvordan dette ble vurdert, ville det vært lettere å kontrollere kommunens avgjørelse i ettertid. Den manglende skriftligheten svekker tilliten til kommunens avgjørelse i saken, og gjør at det ikke er mulig for meg å ta stilling til om A med sin utdanning og erfaring oppfylte de kompetansekravene som var nødvendige for stillingen som driftsansvarlig.

## 2.2. Oppfølgingen av avtale om omplassering av overtallige i kommunen

I «Avtale om omplassering av overtallige i kommunen» heter det i punkt 10):

«Når det blant søkere til en stilling er arbeidstagerer som er i omplasseringssituasjon, skal personalsjefen drøfte ansettelsessaker med organisasjonene. Omstillingsutvalget, hvor organisasjonene vil være representert, drøfter hvorvidt tilbud om stillinger skal gis direkte til overtallige arbeidstakere. Personalsjefen har endelig avgjørelsesmyndighet. Organisasjonene har adgang til å kreve drøftinger angående intern overflytting av overtallige innen virksomheten.»

I siste del av avtalens punkt 11) heter det:

«... Ansettelsessaker hvor den ordinære ansettelsesmyndigheten ikke finner å kunne ansette overtallig søker, skal bringes inn til drøfting i omstillingsutvalget. Saken avgjøres av personalsjefen.»

Etter ordlyden i avtalen behøver ikke søkeren være kvalifisert for at drøfteplikten etter avtalen skal utløses. Det er nok til å utløse drøftinger at arbeidstageren er «overtallig» og «i en omplasseringssituasjon». Det er ikke bestridt at klageren var blant de overtallige som ble omfattet av kommunens avtale.

Kommunen har vist til at hovedtillitsvalgte ble underrettet og medtatt i vurderingene i forbindelse med tilsetningen av driftsansvarlig. Kommunen har også opplyst at hovedtillitsvalgte deltok i intervjuet av A og at tillitsvalgte var enig i at hun ikke hadde tilstrekkelig kompetanse for stillingen. Dette synes å tilfredsstillende avtalens punkt 10). Men heller ikke i forhold til dette spørsmålet foreligger det skriftlige nedtegninger som underbygger kommunens opplysninger, jf. anmerkningene om skriftlighet ovenfor.

Når det gjelder drøftinger i omstillingsutvalget, er det ikke gjennom undersøkelsene herfra kommet frem opplysninger som tyder på at slike har funnet sted. Det legges derfor til grunn at kommunen ikke har fulgt avtalens punkt 11).

## 3. Stillingen som driftsassistent

Det er på det rene at det i utlysningsteksten for stillingen som driftsassistent var oppgitt arbeidstid fra kl. 7.00 - 15.00, og at klageren i sin søknad opplyste at hun ikke kunne starte før kl. 07.30. Kommunen har opplyst at dette avviket var avgjørende for at A ikke ble ansett kvalifisert for stillingen og dermed ikke kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende.

Det må i utgangspunktet være adgang til å legge vekt på at arbeidstageren på grunn av personlige forhold ikke kan starte arbeidet på det tidspunktet som er oppgitt i utlysningsteksten. Bakgrunnen for dette er at arbeidstakeren i en slik situasjon ikke vil kunne oppfylle arbeidsavtalens arbeidstidsbestemmelser.

Av de oversendte saksdokumentene fremgår det imidlertid ikke at kommunen på tidspunktet for tilsetting var klar over at klageren var overtallig eller at spørsmålet om fortrinnsrett ble vurdert. Det var først etter henvendelse herfra, at kommunen presenterte sin oppfatning av at klageren manglet en forutsetning/betingelse for stillingen og derfor ikke hadde fortrinnsrett til denne.

Avtalen om omplassering av overtallige innebærer en viss aktivitetsplikt fra kommunens side. Som nevnt ovenfor er det nok til å utløse drøftinger med arbeidstagerorganisasjonene og omstillingsutvalget, at arbeidstageren er «overtallig» og «i en omplasseringssituasjon». Utgangspunktet er dermed det motsette av det som kommunen har lagt til grunn, om at

drøftinger forutsetter en *kvalifisert* søker. Formålet med drøftinger må jo nettopp være å avklare om en søker er kvalifisert til en stilling.

I denne saken ville det vært naturlig å gjennomføre drøftinger for å avklare om startidspunktet virkelig var en uomgjørlig betingelse fra klagerens side. Sett hen til at A var overtallig, og dermed omfattet av avtalen, burde det i det minste vært foretatt visse undersøkelser for å bringe på det rene om det formelle avviket med hensyn til den oppgitte arbeidstiden kunne løses, eventuelt med tilpasninger fra arbeidsgiverens side. Ved at arbeidsgiveren ikke foretok nærmere undersøkelser om dette, foreligger det begrunnet tvil knyttet til om saken var tilstrekkelig opplyst på dette punktet. Jeg kan videre ikke utelukke at kommunens manglende undersøkelser om dette forholdet kan ha virket inn på tilsetningsvedtaket.

Jeg nevner også at heller ikke for denne tilsettingen har kommunen nedtegnet skriftlig de vurderingene som ble foretatt. På samme måte som for tilsettingen av driftsansvarlig, er det derfor vanskelig for meg å etterprøve det faktiske grunnlaget for avgjørelsen og de vurderinger som ble foretatt.

Videre burde kommunen ha gitt tilbakemelding på henvendelsene fra A om forbigåelse og fortrinnsrett i tiden etter tilsetningsvedtaket. God forvaltningsskikk tilser at forvaltningen uansett besvarer henvendelser fra en søker etter at tilsetningsvedtaket er truffet. Det gjelder spesielt i en sak som denne, hvor kommunen har en klar forpliktelse til å skaffe overtallige arbeidstakere annet passende arbeid og hvor en overtallig nettopp stiller spørsmål ved om denne forpliktelsen er ivaretatt.

#### 4. Oppsummering og konklusjon

Kommunen synes ikke i tilstrekkelig grad å ha fulgt opp sine egne forpliktelser etter avtalen om omplassering av overtallige, jf. for så vidt arbeidsmiljøloven § 14-2, i forhold til A ved de to tilsettingene. Undersøkelsene her har videre avdekket en gjennomgående manglende skriftlighet i saksbehandlingen som ikke gjør det mulig for meg å etterprøve de vurderinger som ble gjort og dermed ta stilling til de tilsetningsvedtakene som ble truffet. Samlet sett virker tilsetningsprosessene uoversiktlig og er mangelfullt dokumentert. Det er derfor vanskelig å få tillit til at prosessene har gått for seg på en forsvarlig måte.

Jeg har ikke foretatt noen vurdering av om klageren oppfylte de faglige kvalifikasjonene for stillingene som driftsansvarlig og driftsassistent. Tilsettingene er gjennomført, og de som ble tilsatt i stillingene har ikke vært parter i saken for ombudsmannen. Min undersøkelse av sakene får dermed ingen konsekvenser for de avgjørelsene som tilsetningsmyndigheten har truffet. Jeg ber imidlertid kommunen merke seg mine innvendinger mot saksbehandlingen i fremtidige saker.

Mine undersøkelser av de to tilsettingssakene etterlater et inntrykk av at kommunens forpliktelser et-

ter avtalen bare i liten grad har blitt fulgt opp. Kommunen bør derfor vurdere om det er grunn til å iverksette tiltak som sikrer at bestemmelsene i avtalen blir fulgt. Jeg ber om å bli holdt orientert om kommunens videre arbeid med dette.»

## 28.

### Fortrinnsrett til stilling som politibetjent – kravet til plettfriandel

(Sak 2006/1786)

*A krevde fortrinnsrett til stilling som politibetjent. Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten traff først vedtak om tilsetting, men dette ble omgjort av politidistriktet da det ble lagt til grunn at A ikke hadde plettfriandel. De sentrale problemstillingene i saken gjelder forståelsen av vandelskravet i politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 18, om det var Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten som skulle ha tatt stilling til vandelspørsmålet, og om tilsetningsvedtaket var ugyldig.*

*Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten avgjør tilsettingssaker der en av søkerne gjør gjeldende fortrinnsrett. Vandelskravet inngår i den kvalifikasjonsvurderingen som skal foretas etter politiloven, og Tilsetningsrådet må anses å ha kompetanse til å avgjøre vandelspørsmålet. Kravet til «plettfriandel» åpner for skjønsmessige vurderinger ut fra forgåelsens karakter, og det er adgang til å se bort fra mindre, uskyldige forgåelser. Forseelsen denne saken gjaldt var ikke av en slik karakter at det hindret tilsetting i stilling som politibetjent, og Tilsetningsrådets vedtak om tilsetting kunne ikke omgjøres.*

*Fornyings- og administrasjonsdepartementet kom tilbake til saken og opplyste at Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten hadde behandlet saken på nytt. Rådet fant at politiloven § 18 ikke var til hinder for tilsetting, og opprettholdt vedtaket om tilsetting av A.*

A søkte på flere stillinger som politibetjent ved et politidistrikt. Hans tidligere stilling som daglig leder ved et sivilforsvarsdistrikt hadde falt bort, og A var definert som overtallig. Til søknaden på stillingen som politibetjent la han ved overtallighetsattest med eksternt fortrinnsrett til andre passende stillinger i staten. A ble ikke funnet kvalifisert for noen av stillingene ved politidistriktet. På grunn av uklarhet om praksis ved krav om fortrinnsrett for overtallige, tok A saken opp med Tilsetningsrådet for overtallige arbeidstakere i staten (heretter også benevnt Tilsetningsrådet), som lå under daværende Moderniseringsdepartementet.

I brev til politidistriktet redegjorde Tilsetningsrådet for reglene om fortrinnsrett, og opplyste at A «fyller utdanningskravet i utlysingsteksten». Det ble videre opplyst at politidistriktet måtte ta stilling til

As krav om fortrinnsrett, og at dersom politidistriktet ikke fant å kunne tilsette A i stillingen, måtte saken oversendes Tilsettingsrådet for avgjørelse. Ansettelsesrådet for politiutdannet personell ved politidistriktet fant at A ikke fylte de nødvendige kvalifikasjons- og kompetansekrav til stillingen, og at han derfor ikke hadde fortrinnsrett. Politidistriktet oversendte deretter saken til Tilsettingsrådet for avgjørelse. Det fremgikk av brevet at politidistriktet for det første mente at A ikke var kvalifisert for stillingen. For det andre mente politidistriktet at A ikke oppfylte kravet til plettfriandel, slik dette kravet fremgår av politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 18, etter at han i 2004 vedtok et forelegg for å ha skutt opp lysbluss med signalpenn. Vedlagt brevet var blant annet en redegjørelse fra A for de faktiske omstendighetene som førte til forelegget.

Tilsettingsrådet traff i møte enstemmig vedtak om at A skulle tilsettes, da han ble funnet kvalifisert for stilling som politibetjent 1 eller 2.

Politidistriktet ba Tilsettingsrådet vurdere saken på nytt. Det ble særlig vist til at vandelskravet etter politidistriktets oppfatning ikke var oppfylt, og at ansettelsesmyndigheten ikke kunne se bort fra et slikt lovbestemt krav. Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten ba etter dette politidistriktet om å vurdere kravet til plettfriandel. I samme brev het det videre:

«Dersom ... politidistrikt konkluderer med at kravet til plettfriandel er til hinder for tilsetting, kan det tidligere vedtaket i Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten ikke følges opp. En annen søker kan dermed tilsettes i stillingen.»

Ansettelsesrådet i politidistriktet traff så vedtak om at kravet tilandel ikke var oppfylt og at A ikke skulle tilsettes i stillingen.

A brakte saken inn for ombudsmannen og anførte at det ikke var adgang til å omgjøre Tilsettingsrådets vedtak om å tilsette ham i stillingen. Han klaget videre over saksbehandlingen i Tilsettingsrådet.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet ble bedt om å redegjøre nærmere for hvorfor det ble overlatt til politidistriktet å treffe nytt vedtak, herunder om politidistriktet hadde kompetanse til å omgjøre et endelig vedtak truffet av Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten. Forholdet til forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til tjenstemannsloven § 8 nr. 1 ble bedt kommentert. Departementet ble videre bedt om å redegjøre for sitt syn på om vilkårene for omgjøring av Tilsettingsrådets vedtak var oppfylt. Under henvisning til at Tilsettingsrådet forut for dette vedtaket var orientert om vandelskravet og at politidistriktet uttrykkelig hadde bedt om at vandelskravet ble vurdert, ble departementet bedt om å redegjøre nærmere for hvorfor Tilsettingsrådet likevel ikke hadde vurdert dette kravet.

Departementet opplyste at Tilsettingsrådet hadde lagt til grunn at vandelskravet ikke var avgjørende

for politidistriktets vurdering av om A var kvalifisert for stillingen, og at Tilsettingsrådet oppfattet det slik at det skulle foreta en ordinær vurdering av søkerens faglige og personlige kvalifikasjoner. Videre ble det vist til at Tilsettingsrådet ikke hadde et tilstrekkelig godt grunnlag for sin behandling av saken i møtet, og at vedtaket derfor ble truffet «på bakgrunn av bristende forutsetninger». Det var videre departementets oppfatning at da det lovfestede vandelskravet viste seg å være til hinder for tilsetting av A, måtte en slik materiell kompetansemangel føre til at vedtaket ble ansett å være ugyldig. I denne sammenheng ble det vist til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 14. juli 1988. Politidistriktet ble gitt adgang til å sette Tilsettingsrådets vedtak til side dersom «det var utvilsomt at et lovbestemt krav for tilsetting ikke var oppfylt».

A har på sin side fremholdt at vedtaket i Tilsettingsrådet ikke kunne være truffet under bristende forutsetninger, da alle fakta omkring vandelskravet var godt nok opplyst før Tilsettingsrådets behandling av saken.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet mente at det kun var de faktiske forholdene omkring forelegget som var opplyst for Tilsettingsrådet, ikke forholdet mellom kravet til plettfriandel og forelegget. Departementet presiserte at det ligger utenfor Tilsettingsrådets kompetanse eller myndighet å avgjøre saker hvor forståelsen av kravet til plettfriandel i politiloven er avgjørende. Det ble opplyst at dersom politidistriktet hadde foretatt en korrekt beskrivelse av kravet tilandel, ville saken ikke ha blitt brakt inn for eller behandlet av Tilsettingsrådet.

Det ble etter dette funnet grunn til å undersøke nærmere praktiseringen av vandelskravet ved tilsettinger i politietaten. Ombudsmannen ba Politidirektoratet på generelt grunnlag om å redegjøre nærmere for tolkingen og praktiseringen av kravet til «plettfriandel» i politiloven § 18. Politidirektoratet redegjorde for dette i brev til ombudsmannen. I lys av Politidirektoratets svar ble det funnet grunn til å undersøke nærmere politidistriktets anvendelse av vandelskravet i denne konkrete saken. Politimesteren ble derfor bedt om å redegjøre nærmere for den vurderingen som ble gjort av Asandel, og særlig den konkrete helhetsvurderingen som ble foretatt av det forholdet som førte til at A vedtok et forelegg, herunder eventuelle formildende omstendigheter.

Politimesteren opplyste at det i vurderingen av Asandel ble sett hen til både forholdets art og den tid som hadde gått. Det ble opplyst at As egne redegjørelser for omstendighetene rundt forgåelsen var tatt hensyn til. Selv om forholdet var ansett som «mindre alvorlig», vurderte Ansettelsesrådet det slik at forholdet lå så kort tid tilbake i tid at A etter en samlet vurdering ikke kunne sies å ha plettfriandel.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning

Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten traff vedtak om tilsetting av A i en stilling som politibetjent etter at han ble funnet kvalifisert for stillingen. Spørsmålet er om Tilsettingsrådets vedtak var til hinder for at lokal tilsettingsmyndighet deretter tilsatte en annen i stillingen.

Vedtaket om tilsetting i statlig stilling er enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd, og reglene om omgjøring i forvaltningsloven § 35 gjelder, med unntak av § 35 tredje ledd, jf. § 3 annet ledd. I denne saken var A gjort kjent med Tilsettingsrådets vedtak, og det er på det rene at en omgjøring ville være til hans ugunst. Dette betyr at Tilsettingsrådets vedtak bare kunne omgjøres dersom det var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

Tilsettingsrådet har anført to mulige grunnlag for at dets eget vedtak ikke kunne gjennomføres. For det første er det anført at det opprinnelige vedtaket ble truffet under «bristende forutsetninger». Det andre mulige grunnlaget er at Tilsettingsrådet under enhver omstendighet ikke har «kompetanse eller myndighet» til å vurdere vandelskravet i politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 18. Etter mitt skjønn beror spørsmålet om det opprinnelige vedtaket var ugyldig, og dermed kunne omgjøres, på om Tilsettingsrådet hadde adgang til å ta stilling til vandels spørsmålet (personell kompetanse), om saken var tilstrekkelig opplyst, og om vedtaket hadde et innhold som stredd mot kravet til plettfriandel i politiloven § 18.

### 2. Personell kompetanse

Departementet har hevdet at Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten ikke har «kompetanse eller myndighet» til å vurdere vandelskravet. Kravet til plettfriandel er et lovfestet krav ved tilsettinger i politi- og lensmannsetaten, og skal derfor inngå i vurderingen av vedkommende søkers kvalifikasjoner, se nærmere om dette nedenfor. Etter forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til tjenestemannsloven § 7 nr. 5 tredje ledd avgjør videre Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten «med bindende virkning» om en overtallig skal tilsettes. Jeg kan ikke se at det av bestemmelser i forskriften kan innfortolkes en slik begrensning i Tilsettingsrådets kompetanse som er gjort gjeldende fra departementets side. For ordens skyld nevnes det at Tilsettingsrådet, dersom det er i tvil om kravet til plettfriandel er oppfylt, kan innhente redegjørelser både fra det aktuelle politidistriktet og fra Politidirektoratet. Det kan likevel ikke herske tvil om at det tilligger Tilsettingsrådet å «avgjøre» de saker hvor en søker gjør gjeldende fortrinnsrett, jf. forskriften § 8 nr. 1, herunder ta stilling til vandels spørsmålet.

Det må etter dette legges til grunn at Tilsettingsrådet var kompetent til å treffe vedtak om tilsetting av A.

### 3. Sakens opplysning - «bristende forutsetninger»

Departementet har i sin redegjørelse til ombudsmanen anført at Tilsettingsrådet ikke hadde et tilstrekkelig godt grunnlag for sin behandling av saken, og har vist til at vedtaket ble truffet «på bakgrunn av bristende forutsetninger». Spørsmålet, slik jeg ser det, er om tilsettings saken var tilstrekkelig opplyst for Tilsettingsrådet, jf. forvaltningsloven § 17, eller om manglende opplysning av saken representerte en saksbehandlingsfeil som kunne føre til at vedtaket kunne kjennes ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

I oversendelsen av saken til Tilsettingsrådet hadde politidistriktet uttrykkelig bedt rådet om å vurdere vandelskravet i politiloven § 18. Tilsettingsrådet var også kjent med As beskrivelse av de faktiske forholdene omkring grunnlaget for forelegget. Saken synes derfor å ha inneholdt tilstrekkelige opplysninger om de faktiske forholdene i saken. Tilsettingsrådet var også kjent med at vandelskravet hadde vært et spørsmål i tilsettings saken. Dette betyr at Tilsettingsrådet må ha vært klar over at et vedtak om at A skulle tilsettes i stillingen etter omstendighetene kunne være i strid med kravet til tilsetting i politiloven § 18. Jeg er derfor ikke enig med departementet i at Tilsettingsrådets vedtak ble truffet under «bristende forutsetninger» eller at saken var utilstrekkelig opplyst. For ordens skyld nevner jeg at avgjørelsen i Rt. 1988 side 766, som departementet har vist til, gjaldt opplysninger om en søker som tilsettingsmyndigheten ble kjent med etter at et tilbud om tilsetting var mottatt og akseptert av søkeren. Avgjørelsen er derfor ikke relevant i denne saken.

### 4. Var vedtaket i strid med kravet til «plettfriandel»?

Det første spørsmålet er om Tilsettingsrådet hadde adgang til å treffe vedtak om at A skulle tilsettes i stillingen som politibetjent, med andre ord om det forelå noen begrensninger i Tilsettingsrådets myndighet til å treffe et vedtak med et slikt innhold. Den aktuelle begrensningen i dette tilfellet er politiloven § 18 om at alle som tilsettes i politi- og lensmannsetaten skal ha «plettfriandel». Dersom Tilsettingsrådets vedtak var i strid med denne lovbestemmelsen, kunne vedtaket i utgangspunktet kjennes ugyldig.

Politiloven § 18 stiller et «strengt vandelskrav», jf. Ot.prp. nr. 22 (1994-95). Det fremgår imidlertid verken av bestemmelsens ordlyd eller forarbeidene hva som nærmere skal legges i vandelskravet. Det noe alderdommelige og nærmest litterære uttrykket sikter imidlertid ikke bare til begåtte straffbare handlinger. Også andre forhold kan føre til at enandel ikke er «plettfri». På den annen side vil ikke enhver

formell straff medføre at vandelen dermed ikke lenger er «plettfri». Karakteren av forholdet og tiden som er gått vil være momenter som kan føre til at vandelen likevel må kunne sies å være «plettfri». Som Politidirektoratet fremholder i brev hit 21. juni 2007, beror spørsmålet om en søker oppfyller vandelskravet på «en konkret vurdering av lovens ordlyd, forarbeider og tidligere praksis». I mangel av autoritativ rettspraksis, antas dette siste i første rekke å være praksis fra politi- og lensmannsetaten selv. Vandelskravet må også vurderes i lys av formålet med bestemmelsen, som først og fremst er å sikre politietatsens integritet, jf. Ot.prp. nr. 22 (1994-95). Den konkrete vurderingen kan ikke erstattes av at begrepet «plettfri vandel» er ensbetydende med «ingen anmerkninger på rullebladet».

«Plettfri vandel» må etter dette forstås slik at vedkommende som utgangspunkt ikke skal være registrert i straffe- og bøtere registeret, men at det åpner for å se bort fra registrerte forseelser av eldre eller ubetydelig karakter. Når det gjelder spørsmålet om A hadde «plettfri vandel», er jeg enig med politimesteren i at As handlinger som førte til vedtaket av forelegget må karakteriseres som «mindre alvorlig». Dette understrekes av at politidistriktet, ved oversendingen av saken til Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten, valgte ikke å legge avgjørende vekt på As forgåelse og dermed kravet om «plettfri vandel». Siden vandelskravet i en slik situasjon ikke ble anvendt til As ugunst, tyder det på at politidistriktet ikke vurderte forseelsen som noe absolutt hinder for tilsetting. Etter en gjennomgang av saksdokumentene og partenes redegjørelser hit, var den forseelsen A begikk av en slik karakter at han kunne tilsettes i stillingen som politibetjent uten hinder av kravet til vandel i politiloven § 18. Vedtaket om tilsetting lå med andre ord innenfor det Tilsettingsrådet kunne treffe vedtak om. Det følger av dette at det derfor ikke var adgang til å omgjøre Tilsettingsrådets avgjørelse som følge av en materiell kompetansemangel.

Det er i denne sammenheng grunn til å nevne at det opprinnelige vedtaket ikke ble omgjort av Tilsettingsrådet selv, men av politidistriktet. Det følger uttrykkelig av forvaltningsloven § 35 første og annet ledd at et vedtak bare kan omgjøres av forvaltningsorganet selv eller av klageinstansen eller annet overordnet organ. Det var derfor Tilsettingsrådet, og ikke politidistriktet, som i tilfelle skulle ha omgjort vedtaket om at A skulle tilsettes i stillingen som politibetjent.

### 5. Oppsummering og konklusjon

Kravet om «plettfri vandel» åpner for skjønnsmessige vurderinger ut fra forgåelsens karakter, og er egenskaper ved søkerens kvalifikasjoner for stillingen. Det er på det rene at det åpner for at mindre, uskyldige forgåelser sees bort fra. Selv om Tilsettingsrådet mener seg mindre egnet til å foreta vurde-

ringer av om kravet til vandel er oppfylt, skal Tilsettingsrådet likevel avgjøre de saker hvor en søker gjør gjeldende fortrinnsrett. Både de faktiske og de rettslige sidene av saken må anses å ha vært tilstrekkelig opplyst for Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten.

Etter dette kunne A tilsettes i stillingen som politibetjent. Det foreligger heller ikke andre mangler ved vedtaket 13. oktober 2005 fra Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten som skulle tilsi at avgjørelsen var ugyldig. På denne bakgrunn ber jeg Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten vurdere saken på nytt med henblikk på å avgjøre om det var rettslig grunnlag for å omgjøre vedtaket.

Tilsettingsrådet bes holde meg orientert om utfallet av den nye behandlingen.»

Fornyings- og administrasjonsdepartementet kom tilbake til saken og opplyste at Tilsettingsrådet for overtallige arbeidstakere i staten hadde behandlet saken på nytt. Rådet fant at politiloven § 18 ikke var til hinder for tilsetting, og opprettholdt vedtaket om tilsetting av A.

## 29.

### Forbud mot bierverv for radiograf ansatt i helseforetak

(Sak 2006/823)

*Saken gjelder spørsmål om et helseforetak kan forby en radiograf å ta betalte oppdrag ved et privat røntgeninstitutt.*

*Helseforetakets forbud mot å ha bierverv i en privat helsevirksomhet brøt med en langvarig praksis og uttalelser i forarbeidene til helsepersonelloven. Inngrep i tilsattes rett til å bestemme over egen fritid må ha et klart rettslig grunnlag. Ombudsmannen kom til at det var tvilsomt om arbeidsavtalen sammenholdt med den arbeidsrettslige lojalitetsplikten ga helseforetaket rett til å forby radiografen å ha bierverv ved et privat røntgeninstitutt.*

*Helseforetaket ble bedt om å behandle saken på nytt. Ombudsmannen ba også Helse- og omsorgsdepartementet vurdere det rettslige grunnlaget for dagens praksis knyttet til helseforetakenes forbud mot bierverv.*

A arbeider som radiograf ved et sykehus i Helse Nordmøre og Romsdal HF.

I arbeidskontrakten mellom A og helseforetaket undertegnet i april 2004 fremgår følgende:

«Ansatte i Helse Nordmøre og Romsdal HF har ikke anledning til å ta annet arbeid, eie, drive eller ha styreverv i konkurrerende virksomhet, uten samtykke fra direktøren. Tillatelsen kan ikke gis for mer enn ett år av gangen.

Jeg bekrefter at jeg aksepterer arbeidsforholdet på ovennevnte betingelser.»



I helseforetakets styrevedtak 1. oktober 2004 i sak 61/04 fremgår det at:

«1. Styret for Helse Nordmøre og Romsdal HF vil ha ryddige arbeidsforhold, der ansatte sitt arbeidsforhold til konkurrerende virksomhet bør opphøre. Styret ber om at administrerende direktør følger opp de enkeltsaker det gjelder med sikte på å få gjennomført dette. Innenfor fagfelt der det er underkapasitet, ber styret administrasjonen finne løsninger som innebærer at de ansattes totale arbeidskapasitet blir fullt utnyttet - fortrinnsvis innenfor eget foretak.

2. Styret forutsetter at oppfølgingsarbeidet harmoniseres med de prosesser som foregår i Helse Midt-Norge for øvrig, og nasjonalt på dette feltet.»

I saksutredningen til styresak 61/04 fremgår det at:

«*Konkurrerende virksomhet* er definert som:

- Virksomheten finansierer sin virksomhet ved å ta pasienter som kunne vært behandlet av helseforetaket
- Virksomhetens aktiviteter fører til reduserte inntekter for helseforetaket eller dets eier
- Virksomhetens aktivitet fører til overkapasitet hos helseforetaket.»

I et brev informerte A helseforetaket om at:

«jeg på min fritid er i ferd med å påta meg ekstraarbeid ved X Røntgeninstitutt. Min arbeidsoppgave vil utelukkende dreie seg om utførelse av MR-undersøkelser. Arbeidet vil i hovedsak foregå på helg og fridager i den grad det er behov for ekstrahjelp.»

I sitt svar meddelte Helse Nordmøre og Romsdal HF følgende:

«Med bakgrunn i styrets sitt vedtak 1. oktober 2004, i sak 61/04, finner vi ikke å kunne gi samtykke til at du påtar deg ekstraarbeid ved X Røntgeninstitutt i tillegg til den arbeidsavtalen du har med Helse Nordmøre og Romsdal HF.»

Norsk Radiografforbund tok saken opp med helseforetaket, som fastholdt avgjørelsen om å forby A å ta bierverv ved X Røntgeninstitutt. I brev til helseforetakets styre ba Radiografforbundet om omgjøring av vedtaket, men avslaget ble opprettholdt med følgende begrunnelse:

«I forhold til styrets vedtak fra 2004, har vi definert X Røntgeninstitutt som en konkurrerende virksomhet når det gjelder røntgentjenester. Dette gjelder ikke bare konkurranse om pasienter, men også konkurranse om arbeidskraft med spesielle kvalifikasjoner.

Vi har brukt flere år på å skaffe oss en stab av radiografer som har god kompetanse i arbeidet med MR-undersøkelser. Flere av disse radiografene har flyttet og vi har derfor ikke hatt radiografkompetanse nok til å utnytte MR-maskinen i den grad vi ønsker. Målet har hele tiden vært å drive denne aktiviteten med forlenget åpningstid

4-5 dager i uken. Under oppbygging av dette tilbudet er vi foreløpig avhengig av at de aktuelle radiografene kan arbeide ekstra overtid på ettermiddag/kveld.

Som hovedarbeidsgiver har vi derfor behov for at eget personale som ønsker å arbeide ekstra gjør dette innenfor vår egen virksomhet.

Av denne grunn mener vi at det avslaget som vi har gitt på denne søknaden er i overensstemmelse med styrets intensjoner med vedtaket fra 2004.»

Norsk Radiografforbund brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Det ble vist til at helseforetakets begrunnelse for nektelsen var skjematisk og mekanisk, uten at reelle ulemper for arbeidsgiver var utredet. Det ble også vist til at henvisningen til «konkurranse om arbeidskraft med spesielle kvalifikasjoner» innebærer en svært utvidende tolkning av klausulen i arbeidskontrakten. Videre viste Radiografforbundet til at X Røntgeninstitutt har inngått avtale om driftstilskudd med Helse Midt-Norge HF, og at As eventuelle bierverv ved røntgeninstituttet vanskelig kan sies å være i konkurranse med helseforetaket. Radiografforbundet mente at den restriktive praksisen med hensyn til godkjenning av bierverv «utgjør i realiteten et partielt yrkesforbud». Radiografforbundet hevdet at As bierverv uansett ikke kunne oppfattes som illojal konkurranse, fordi han ikke kan påvirke hvor pasientene blir undersøkt, eller hvor mange som blir henvist til røntgeninstituttet. Endelig ble det påpekt at adgangen til bierverv for helsepersonell ble vurdert som positiv i forarbeidene til helsepersonelloven. Helsepersonelloven § 19 fastslår en meldeplikt til arbeidsgiver, men gir ikke adgang til å forby bierverv.

Ombudsmannen tok saken opp med Helse Nordmøre og Romsdal HF, som ble bedt om å gi en kort redegjørelse for hvordan styrevedtaket om «konkurrerende virksomhet» praktiseres, og om helseforetaket har inngått tilsvarende arbeidsavtaler med andre helseprofesjoner ved foretaket. Videre ble det bedt om en nærmere redegjørelse for på hvilken måte helseforetaket betrakter X Røntgeninstitutt som «konkurrerende virksomhet». Det ble bedt om en nærmere beskrivelse av de konkrete markedsmekanismene som gjør seg gjeldende, og hvordan pasientstrømmen foregår. Helseforetaket ble spurt om det er helseforetaket som henviser pasientene til det private røntgeninstituttet. Videre ble det bedt om en kommentar til Radiografforbundets anførsel om at forbudet mot bierverv i konkurrerende virksomhet er tolket svært utvidende og i strid med det opprinnelige formålet.

I brev samme dag til Helse- og omsorgsdepartementet ble det vist til at klagen fra A reiser flere prinsipielle spørsmål, både knyttet til hvilken adgang helseforetakene generelt sett har til å begrense enkeltpersoners adgang til å ta bierverv, samt mer overordnede helsepolitiske problemstillinger. Det ble vist til forarbeidene til helsepersonelloven, der det ble drøftet om det burde innføres meldeplikt for

bierverv for helsepersonell, og at det i forarbeidene ble pekt på at adgangen for helsepersonell til å ta bierverv har flere positive sider. Det ble videre vist til at forarbeidenes drøftelse av eventuelle negative konsekvenser ved bierverv først og fremst var knyttet til interesse- og habilitetsproblemer, og at bierverv for helsepersonell skulle være problematisk ut fra et konkurransesynspunkt ikke syntes å ha vært nevnt. På denne bakgrunn ble departementet bedt om å redegjøre for den markedsmessige situasjonen for helseforetak, og på hvilken måte dette eventuelt hadde endret seg etter at helsepersonelloven ble vedtatt. Det ble bedt om departementets syn på i hvilken grad konkurranseforhold av den typen som eksisterer i det private næringslivet kan sies å gjøre seg gjeldende på det markedet helseforetak opptrer, både generelt sett, og særlig i en situasjon der et helseforetak har inngått driftsavtale med et røntgeninstitut.

I brev hit opplyste Helse Nordmøre og Romsdal HF bl.a.:

«Styrets intensjon med meldeplikt er å forebygge situasjoner hvor bierverv og/eller eierinteresser kan bidra til å svekke tillitsforholdet mellom pasienter og helsetjenesten ved at beslutninger som tas kan tenkes å være påvirket av private interesser. I arbeidslivet generelt har adgangen til bierverv alltid vært begrenset gjennom kravet til forsvarlighet, lojalitet og habilitet.

Vi er oppmerksom på at bestemmelsen i loven ikke gir arbeidsgiver uten videre rett til å nekte ansatte å utføre bierverv, siden alle i utgangspunktet selv bestemmer over sin fritid. Men både arbeidsgiver og ansatte må ta ansvar for at arbeidsforholdene er ryddige når det gjelder lojalitet og habilitet. Derfor har, etter vårt syn, arbeidsgiver både en rett til og et ansvar for å regulere dette innenfor de lov- og avtalemessige rammer som gjelder.

---

I forbindelse med sykehusreformen ble alle tilsatte overført fra Fylkeskommunen til helseforetaket med samme rettigheter og plikter som de hadde før reformen. Arbeidsavtalene ble ikke endret. I disse tilfellene må det forhandles med hver enkelt om bierverv. For A er det tatt slikt forbehold i arbeidsavtalen.»

Til spørsmålet om hvordan styrevedtakene om konkurrerende virksomhet praktiseres het det:

- «Konkurrerende virksomhet har vi definert slik:
- Virksomheten finansierer sin virksomhet ved å ta pasienter som kunne vært behandlet av helseforetaket
  - Virksomhetens aktiviteter fører til reduserte inntekter for helseforetaket eller dets eier
  - Virksomhetens aktivitet fører til overkapasitet hos helseforetaket

Det er avdelingssjefene som har ansvar for å tilsette personell på avdelingene. Det er derfor de som skal vurdere hva som er konkurrerende virksomhet med utgangspunkt i definisjonen.

I utgangspunktet er det ingen tilsatte som skal arbeide i konkurrerende virksomhet. Det var noen som alt hadde slikt bierverv på det tidspunktet styrene gjorde sine vedtak. Det har vært

noe uklart om de skal omfattes av nektingen. Imidlertid er det ingen som har fått godkjent bierverv i konkurrerende virksomhet etter at vedtakene ble fattet.

Alle nytilsatte i Helse Nordmøre og Romsdal HF har samme klausul i sin avtale. Som nevnt over er det ikke utferdiget nye arbeidsavtaler for de som alt hadde en arbeidsavtale, men det har hele tiden vært forutsatt at de omfattes av ordningen. Dette gjelder også A.»

Til spørsmålet om forholdet mellom helseforetaket og X Røntgeninstitut svarte foretaket:

«Hva som er konkurrerende virksomhet går fram over. Jeg gjør imidlertid oppmerksom på at det ikke er Helse Nordmøre og Romsdal HF som har inngått avtale med X Røntgeninstitut, men Helse Midt-Norge RHF. Helse Nordmøre og Romsdal HF har derfor ingen driftsavtale med X Røntgeninstitut, det er det regionale helseforetaket som har. Disse avtalene er rammeavtaler der det bestilles et visst antall undersøkelser/prøver og det er det regionale foretaket som betaler.

Søknadene kommer i hovedsak fra fastlegene eller primærlegene. I de tilfeller helseforetaket ikke klarer å holde behandlingsfristen vil vi også kunne henvise pasientene til private. Omfanget av dette er lite.»

Til Radiografforbundets anførsel om at konkurranseklausulen er tolket utvidende het det:

«Innen helsesektoren har vi knapphet på personell. Den offentlige helsetjeneste utdanner i stor grad personalet sjøl og vi bruker store ressurser til kompetanseheving. Den private helsetjeneste har brukt svært lite ressurser på å utdanne og kvalifisere sitt personell. De har i sin helhet rekruttert personell fra den offentlige sektor. Dette er personell som vi har brukt store ressurser på å kvalifisere til viktige samfunnsoppgaver. Vi konkurrerer altså om det samme personellet, som det er knapphet på. Vi finner det derfor rimelig, og i samsvar med de styringssignaler vi har fått, at vi legger rekrutteringshensyn til grunn når vi nekter bierverv.»

I svaret fra Helse og omsorgsdepartementet ble det innledningsvis vist til helsepersonelloven § 19 om helsepersonells plikt til å gi melding til arbeidsgiver om bierverv og andre engasjement i annen virksomhet. Departementet viste til at denne bestemmelsen ikke regulerer hva arbeidsgiver i sin ansettelseskontrakt kan stille begrensninger om, og at det alminnelige arbeidsrettslige prinsippet om arbeidstakerens lojalitetsplikt kommer til anvendelse. Det ble vist til at lojalitetsplikten kan begrense arbeidstakerens adgang til å ha bierverv ut fra tre hensyn, hensynet til vedkommendes habilitet, hensynet til at biarbeid ikke skal svekke arbeidstakerens innsats i hovedstillingen, og ut fra konkurransehensyn. Det ble vist til at å ha bistilling hos en konkurrerende virksomhet vil kunne bryte med lojalitetsplikten, og at Høyesterett har akseptert dette i utstrakt grad. Departementet erkjente at det for ansatte i forvaltningen i noen tilfeller kan tenkes at lojalitetsplikten

ikke begrenser adgangen til å ha bistilling ut fra konkurransebetragtninger. Et slikt synspunkt bygger på at forvaltningen ikke befinner seg i en konkurranse-situasjon ettersom den ikke har et økonomisk formål. Videre het det:

«Dette utgangspunktet gjelder etter departementets syn ikke for helseforetakene. Selv om disse ikke har som formål å gå med overskudd, produserer de tjenester av økonomisk verdi og opererer i en situasjon hvor deres økonomiske resultater og øvrige måloppnåelse i noen grad avhenger av hvor konkurransedyktige de er.»

Departementet ga deretter en redegjørelse for helseforetakenes virksomhet. Det ble vist til at de regionale helseforetakene har som en hovedoppgave å sørge for at befolkningen tilbys spesialisthelsetjenester, herunder radiologiske tjenester. Helseforetakene kan velge å la sine helseforetak produsere disse tjenestene eller kjøpe tjenester av private leverandører. For helseforetakenes del ble det pekt på at den viktigste oppgaven, produksjon av helsetjenester, utvilsomt er en økonomisk oppgave. Det ble vist til uttalelser fra Konkurransetilsynet og til at den delen av helseforetakenes virksomhet som ikke er myndighetsutøvelse omfattes av foretaksbegrepet i EØS-avtalen. Det ble konkludert med at helseforetakene befinner seg i en økonomisk situasjon som preges av reell konkurranse selv om det ikke er priskonkurranse mellom helseforetakene og private tjenesteytere. Departementet uttalte:

«I forbindelse med vurderingen av lojalitetsplikts begrensning av arbeidstagneres anledning til å ha bierverv er det særlig tre konkurranse-relasjoner som er av betydning.

For det første vil spørsmålet om hvem som skal løse de offentlige oppgavene innefor spesialisthelsetjenesten være preget av konkurranse. De regionale helseforetakene har begrensede midler og det vil således være en situasjon preget av en viss konkurranse, sett fra det enkelte helseforetakets side, hvilket av helseforetakene som skal gis det offentlige oppdraget - å yte helsetjenester til befolkningen. Det er for tiden en omfattende diskusjon om oppavefordeling mellom sykehusene. De regionale helseforetakene er under sterkt press for å levere regnskaper i balanse slik Stortinget har krevd. Det helseforetaket som er mest konkurransedyktig både med hensyn til kvalitet i pasientbehandlingen og effektiv ressursbruk har størst mulighet til å beholde og styrke sin stilling som produsent av spesialisthelsetjenester til befolkningen. På samme måte som det er en viss konkurranse mellom de forskjellige helseforetakene, er det et spørsmål preget av konkurranse om tjenestene skal produseres i egen regi - av helseforetakene - eller om tjenesten skal kjøpes av private aktører. Hvilken løsning det regionale helseforetaket velger vil blant annet avhenge av forhold som kvaliteten på den tjenesten de forskjellige helsetjenesteyterne kan levere, hvor sikre tjenestene er for pasientene og hvilke kostnader de forskjellige alternativene vil ha for det regionale helseforetaket. Helseforetakene opererer altså i en situasjon hvor det løpende vurderes hvilke oppgaver det enkelte foretak

skal ha. Dette er ikke det samme som å måtte selge tjenestene sine i et kommersielt marked med priskonkurranse. Likevel er helseforetakenes prestasjoner både med hensyn til kvalitet, kostnad og leveringsdyktighet av betydning for utviklingen av foretakets virksomhet og økonomi. Dersom en arbeidstager i et helseforetak har bistilling hos en privat arbeidsgiver som også har avtale om å levere helsetjenester som ledd i et regionalt helseforetaks «sørge for»- ansvar, eller ønsker å få en slik avtale, vil det kunne fremme biarbeidsgivers muligheter til å nå sine mål på bekostning av helseforetaket.

For det annet er det en situasjon preget av konkurranse i relasjonen mellom helseforetaket og pasientene. Pasientene kan fritt velge hvilket sykehus som skal behandle dem, se pasientrettighetsloven § 2-4. Det er en forutsetning at sykehuset eies av et regionalt helseforetak eller, for private, har avtale med et regionalt helseforetak som gir pasienten rett til å velge å få behandling der. Inntektene til helseforetakene og de private helsetjenesteleverandørene avhenger, slik finansieringssystemet for spesialisthelsetjenesten er innrettet, av hvor mange pasienter de behandler. Bevilgningen fra det regionale helseforetaket til helseforetaket er basert på hvor mye helseforetaket produserer. På samme måte er betalingen til de private aktørene, inkludert laboratorie- og røntgenvirksomheter som har avtale med et regionalt helseforetak, avhengig av hvor mange pasienter som velger å motta tjenester fra dem.

Som nevnt kan pasienter som benytter spesialisthelsetjenesten fritt velge blant de offentlige tjenesteyterne og de private tjenesteyterne. Helseforetakene befinner seg altså i en situasjon preget av reell konkurranse om pasienter. De konkurrerer med hverandre og med de kontraherte private tjenesteleverandørene. Det er av økonomisk betydning for helseforetaket hvor pasienten velger å la seg behandle. Ventetider, tjenesteyterens renommé, tjenestens kvalitet og andre forhold som preger forbrukeradferd preger også pasientenes valg.»

Departementet viste til uttalelser i forarbeidene til ordningen med fritt sykehusvalg i Ot.prp. nr. 63 (2002-2003) s. 21. Departementet uttalte videre:

«Dersom helsepersonell med hovedstilling i et helseforetak har bistilling hos en privat leverandør, vil det øke denne leverandørens kapasitet og evne til å levere tjenestene raskt. Dette innebærer at bistillingen styrker biarbeidsgiver i forhold til hovedarbeidsgiver. I en situasjon hvor hovedarbeidsgiver har lang ventetid i forhold til biarbeidsgiver vil dette være av særskilt stor betydning, ettersom biarbeidsgivers konkurransefor-trinn - kort ventetid - styrkes ytterligere på bekostning av hovedarbeidsgiver.

Den tredje situasjonen hvor helseforetakene må sies å opptre i en situasjon preget av konkurranse er i forhold til tilgangen på kvalifisert personell. Innenfor noen av helsepersonellgruppene er det mangel på kvalifisert personell. Det bør i denne sammenheng nevnes at radiografer er en slik gruppe. Tilgangen på kvalifisert personell som generelt er den viktigste innsatsfaktoren i helsesektoren, er av stor betydning for om helseforetakene lykkes i de to relasjonene preget av konkurranse som er nevnt over. Tilgangen på personell har også økonomisk betydning for fo-

retakene på andre måter. Det er for eksempel kostbart å ikke nytte til fulle kapasiteten til dyrt medisinskteknisk utstyr - som røntgenapparater og annet radiologisk utstyr. Dersom foretaket ikke har tilstrekkelig personell til å operere utstyret vil effektiviteten til foretaket svekkes. Personelltilgangen har således økonomisk betydning for helseforetakene.»

Departementet ga deretter en redegjørelse for ulike vurderinger som var gjort av helsepersonells bierverv. Departementet skrev:

«I sin styring av regionale helseforetak har departementet fastsatt følgende i styringsdokumentene for 2003:

«De regionale helseforetakene skal inngå avtaler med private aktører når de aktuelle helsetjenestene inngår i det samlede opplegget for oppfyllelsen av «sørge for»-ansvaret. Dette er ikke til hinder for at forvaltningen av avtalen utføres av helseforetaket. De retningslinjer som angis ovenfor, tilsikter å gi klarere roller for de private aktørene i relasjon til de foretakene. Et supplerende element i et slikt klargjøringsarbeid er hvordan det eventuelt tillates at medarbeidere som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, tillates å ha supplerende arbeid i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi, og der dette eventuelt også er i en konkurransesituasjon i forhold til helseforetakene. Det forutsettes at foretakene med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon vurderer retningslinjer for slike supplerende arbeidsforhold. Vurderingene forutsettes gjort ut fra de rammebetingelser som følger av helsepersonelloven (jf § 19) og øvrig relevant lovgivning. Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet.»

I Ot.prp. nr. 63 (2002-2003) vises det til styringsdokumentet på dette punkt og det uttales (på side 21):

«Et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene. Det forutsettes at foretakene, med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon, vurderer retningslinjer for slike biervervsforhold. (...) Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet. (...) For å sikre nødvendig tillit til at helsetjenester leveres på et faglig grunnlag, må de regionale helseforetakene påse at personell verken på egne eller andres vegne mottar gave, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som kan være egnet til å påvirke handlinger på en utilbørlig måte, eller som kan gi grunnlag for tvil om handlinger påvirkes, jf. helsepersonelloven §§ 6 og 9. Slik tvil kan også oppstå dersom arbeidstaker har bierverv eller annen tilknytning til leverandører eller tjenesteytere i forhold til foretaket.»

I 2005 ble det gjort en kartlegging av helseforetaksgruppens praksis i forhold til helsepersonells bierverv. Den viste at alle foretakene, om enn på noe forskjellig måte, begrenset de ansattes anledning til å ha bierverv hos andre arbeidsgivere eller til å drive egen virksomhet som yter helsetjenester. Riksrevisjonen gjorde også en kartlegging av dette i 2005 og uttalte i brev til Helse- og omsorgsdepartementet av 5. juli 2005:

«Etter Riksrevisjonens vurdering er det ikke tilstrekkelig å kun etablere og utarbeide retningslinjer for ansattes bierverv. Retningslinjene må også implementeres i praksis. Riksrevisjonen vil påpeke viktigheten av at alle regioner har lik praksis på området.»

I de regionale helseforetakenes foretaksmøter avholdt i januar 2006, fastsatte departementet, med henvisning til den nevnte kartleggingen av helsepersonells bierverv, at:

«Det er grunnleggende at befolkningen har tillit til helsepersonell og at tilliten ikke kan brytes ved at helsepersonell har former for bierverv som gjør at det kan reises tvil om den enkelte ansattes integritet og uavhengighet. Foretaksmøtet forutsetter at [de regionale helseforetakene] utvikler gjennomgående retningslinjer for ansattes bierverv.»

Som det framgår av ovenstående gjennomgang har det de senere årene vært knyttet en god del oppmerksomhet til helsepersonells bierverv og det har vært en uttalt målsetning at helseforetakene som arbeidsgivere skal regulere og begrense de ansattes adgang til å ha bierverv. Dette skal ivareta flere hensyn hvor et særlig fokus har vært rettet mot å unngå rollemessig uklarhet.»

Norsk Radiografforbund ga 22. november 2006 merknader til departementets og helseforetakets syn på saken. Radiografforbundet uttalte blant annet at departementets uttalelse om at helseforetakene befinner seg i en konkurransesituasjon var svært problematisk og vanskelig å forene med departementets og de regionale helseforetakenes (RHF) ansvar for å «sørge for» at befolkningen i helseregionene tilbys spesialisthelsetjenester. Det ble vist til uttalelser i forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a om at helseforetakenes overordnede målsetting er å fremskaffe best mulige helsetjenester for de tildelte ressurser basert på behovet i helseregionene. Radiografforbundet uttalte:

«Vi har problemer med å se at denne overordnede målsettingen kan nås dersom de private aktører det inngås avtale med defineres som konkurrerende virksomhet slik departementet synes å gjøre. Dersom de private aktører defineres som konkurrerende virksomhet, vil lovens intensjon om å utnytte den helsefaglige kompetanse på en bedre og mer formålstjenlig måte heller ikke bli oppfylt. Departementets uttalelse om at forvaltningen, i dette tilfellet det enkelte helseforetak eller sykehus, befinner seg i en konkurransesituasjon kan derfor ikke gjelde de private aktører som har inngått avtale om leveranse av helsetjenester med RHFene.»

Radiografforbundet uttalte også at en eventuell mangel på kvalifisert personell vil variere over tid. Det ble vist til at tilgangen på nyutdannede radiografer de siste årene har økt betraktelig, og at radiografer ikke lenger kan anses å være en knapphetsfaktor for helseforetakene. Videre ble det understreket at Stortinget har uttalt at det er positivt at helsepersonell tar bierverv og derved øker tilbudet av helsetjenester. Forbundet uttalte videre:

«Vi er helt enig i at det er grunnleggende og viktig at befolkningen har tillit til helsepersonell og at tilliten ikke kan brytes ved at helsepersonell har former for bierverv som gjør at det kan reises tvil om den enkelte ansattes integritet og uavhengighet. Dette er også bakgrunnen slik vi oppfatter det for lovreguleringen om bierverv og informasjonsplikten etter § 19. Samtidig er det også viktig å skille på grunnlaget for en slik habilitetsvurdering. Radiografer utfører undersøkelse etter rekvisisjon/henvisning for diagnostisering og har ingen innflytelse eller påvirkning på pasientens valg av undersøkelsessted. Radiografer har med andre ord ingen mulighet til å henvise eller påvirke en pasient til å velge hvilken institusjon de ønsker å bli undersøkt ved. Vurderingen av den ansattes integritet og uavhengighet må derfor fra foretakets side nyanseres også i forhold til hvilken helsepersonellgruppe denne tilhører og hvorvidt det foreligger forhold som tilsier at den ansattes habilitet og integritet kan stilles spørsmål ved. Dette understreker nok en gang behovet for at hver sak vurderes individuelt og ikke fattes etter en skjematisk og unyansert behandling.»

Radiografforbundet hadde også merknader til svaret fra helseforetaket. Det ble anført at det må følge av lov, forskrift eller arbeidsavtale dersom bierverv på fritiden skal kunne nektes. Forbundet uttalte at en nektelse av bierverv må fattes etter en konkret og individuell vurdering, og ikke som en generell henvisning til et styrevedtak. For øvrig opplyste Radiografforbundet at A selv hadde bekostet sin videreutdanning, og at dette underbygger forbundets syn om at alle saker om bierverv må vurderes individuelt og ikke etter en av partene i arbeidsavtalens føringer og behov.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Problemstillingen

Det sentrale spørsmålet i saken er i hvilken grad et helseforetak, som hovedarbeidsgiver, har adgang til å nekte en radiograf å ha bierverv ved et privat røntgeninstitutt.

Radiografen har undertegnet en arbeidsavtale med helseforetaket der det er inntatt en klausul om forhåndssamtykke fra sykehusdirektøren for å kunne ta annet arbeid i såkalt «konkurrerende virksomhet». Etter at arbeidsavtalen ble undertegnet presiserte styret i et generelt vedtak hva som ble regnet som «konkurrerende virksomhet». Det private røntgeninstituttet ble ansett omfattet av styrets definisjon av

konkurrerende virksomhet, og radiografen ble nektet adgang til å ha bierverv ved røntgeninstituttet. Spørsmålet er om helseforetaket hadde rettslig adgang til å nekte radiografen å arbeide ved røntgeninstituttet.

#### 2. Rettslige utgangspunkter

Utgangspunktet i norsk rett er at en arbeidstaker selv bestemmer over sin fritid, herunder om han eller hun ønsker å ha bierverv hos en annen arbeidsgiver. Adgangen til å ha bierverv er imidlertid ikke ubegrenset, men et inngrep i den ansattes rett til fritt å bruke sin fritid til å ta lønnet arbeid må bygge på et klart rettslig grunnlag. Alminnelige arbeidsrettslige prinsipper om at biervervet f.eks. ikke må gå utover hovedarbeidet, kan begrense en arbeidstakers rett til å ha bierverv. Det samme gjelder andre utslag av den ulovfestede lojalitetsplikten. I det private næringslivet har det tradisjonelt, ut fra slike lojalitetsbetraktninger, vært adgang til å forby en arbeidstaker å ha bierverv i konkurrerende virksomhet.

Norsk rett åpner også for at det i arbeidsavtaler settes restriksjoner med hensyn til arbeidstakernes adgang til å påta seg fritidsarbeid. Det er for eksempel adgang til å stille krav om forhåndssamtykke til bierverv. Ved praktiseringen av slike avtaler om forhåndssamtykke har rettspraksis oppstilt et generelt krav til saklighet.

For offentlig ansatt helsepersonell er det flere hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om adgangen til å ha bierverv. En arbeidsgiver kan motsette seg bierverv som er så omfattende at det kan gjøre helsepersonellens yrkesutøvelse i hovedstillingen uforvarsvarlig. Videre kan arbeidsgiveren motsette seg bierverv som innebærer at det oppstår fare for habilitetskonflikter. Som eksempel kan nevnes helsepersonell som har mulighet for å henvise pasienter til egen praksis og der det kan oppstå tvil om henvisningen styres av faglige vurderinger eller av personlige økonomiske interesser. For begge disse situasjonene følger det av alminnelige lojalitetsbetraktninger at adgangen til å ha bierverv er begrenset.

For å unngå at habilitets- og lojalitetskonflikter oppstår, ble det i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 19 inntatt en bestemmelse om meldeplikt for bierverv. Bestemmelsen lyder slik:

«Melding til arbeidsgiver om bierverv og andre engasjement i annen virksomhet

Helsepersonell med autorisasjon eller lisens skal av eget tiltak gi arbeidsgiveren opplysninger om bierverv og engasjement, eierinteresser o.l. i annen virksomhet som vil kunne komme i konflikt med hovedarbeidsgivers interesser.

Arbeidsgiveren kan i tillegg kreve at helsepersonell med autorisasjon eller lisens gir opplysninger om all helsefaglig virksomhet som helsepersonellet utfører som selvstendig næringsdrivende, for andre arbeids- eller oppdragsgivere i Norge eller i utlandet, og om eierinteresser, samarbeidsforhold o.l.

Det skal gis opplysning om virksomhetens navn og arten og omfanget av helsepersonells bi-erverv eller engasjement.

Denne bestemmelsen begrenser ikke plikten til å opplyse om bierverv som følger av avtale eller andre rettsregler.»

Det må antas at det også i forhold til offentlig ansatt helsepersonell er adgang til å inngå arbeidsavtaler som stiller krav om forhåndssamtykke til bierverv. Praktiseringen av en klausul om forhåndsgodkjenning må underlegges krav til saklighet og forsvarlig saksbehandling. Arbeidsavtalen må for øvrig tolkes i lys av de ulovfestede prinsippene om styringsrett og lojalitetsplikt.

Spørsmålet er om arbeidsavtalen med A, sammenholdt med alminnelige rettsgrunnsetninger, i dette tilfellet ga helseforetaket det nødvendige rettslige grunnlag for å forby bierverv ved X Røntgeninstitutt.

### 3. Arbeidsavtalen

Styret ved Helse Nordmøre og Romsdal HF vedtok i 2003 at ansatte ved helseforetaket måtte ha direktørens samtykke til å ta arbeid i «konkurrerende virksomhet». I As tilfelle ble klausulen inntatt i hans arbeidsavtale i april 2004. Avtalen som ble inngått mellom A og helseforetaket innebærer at A har godtatt å måtte søke om forhåndssamtykke for å ta arbeid i «konkurrerende virksomhet». Et krav om forhåndssamtykke betyr imidlertid ikke at det gjelder et generelt forbud mot bierverv. Ved behandlingen av en søknad om samtykke til bierverv vil det både ut fra arbeidsavtalens ordlyd, og alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, måtte skje en konkret vurdering av hver enkelt søknad.

I nytt styrevedtak 1. oktober 2004 fastslo styret at «ansatte sitt arbeidsforhold til konkurrerende virksomhet bør opphøre». Samtidig ble begrepet «konkurrerende virksomhet» gitt en vid definisjon. Sammenholdt med opplysninger som er gitt i helseforetakets brev hit om at ingen ansatte har fått godkjent bierverv i virksomheter som er definert som «konkurrerende virksomhet» etter styrevedtaket 1. oktober 2004, kan det se ut til at helseforetaket har tolket bestemmelsen i arbeidsavtalen til A som et totalforbud mot bierverv i slike virksomheter som X Røntgeninstitutt.

Jeg kan ikke se det slik at A ved å undertegne arbeidsavtalen også aksepterte styrets senere praktisering av arbeidsavtalen. Det er forskjell på å kreve et forhåndssamtykke til bierverv, og å praktisere et totalforbud mot bierverv av denne typen. Spørsmålet om helseforetaket kunne nekte A bierverv ved X røntgeninstitutt må videre bero på en tolkning av begrepet «konkurrerende virksomhet» i arbeidsavtalen. Etter mitt syn må tolkningen skje i lys av alminnelige arbeidsrettslige lojalitetsbetraktninger, da jeg vanskelig kan se at et bierverv i tråd med lojalitetsplikten vil kunne innebære brudd på den arbeidsav-

talen A inngikk med helseforetaket. Spørsmålet er med andre ord om det er rettslig grunnlag for å tolke begrepet «konkurrerende virksomhet» på den måten som styret ved Helse Nordmøre og Romsdal HF har gjort.

### 4. «Konkurrerende virksomhet» og forholdet til lojalitetsplikten

Helseforetaket redegjorde i brev hit for ordlyden i alle nye arbeidsavtaler ved helseforetaket. Helseforetaket uttalte deretter:

«Det har vært underforstått at disse reglene også gjelder for tilsatte som hadde et arbeidsforhold i Helse Nordmøre og Romsdal da vedtaket ble fattet. Dette har vi altså lagt til grunn når vi har nektet A å ha bierverv.»

Helseforetaket mener da at nye bierverv i private helseinstitusjoner som styret har definert som konkurrerende virksomhet, anses å være i strid med ansattes alminnelige lojalitetsplikt til helseforetaket. Også departementet har pekt på den alminnelige lojalitetsplikt som rettslig grunnlag for å nekte en tilsatt ved et helseforetak å inneha bierverv ved private helseinstitusjoner.

Det er i Norge langvarig praksis for at helsepersonell har bierverv i private helseinstitusjoner. I forarbeidene til helsepersonelloven § 19, både i høringsnotatet fra Sosial- og helsedepartementet juli 1997 og i Ot.prp. nr.13 (1998-1999), heter det at bierverv for helsepersonell anses som positivt for samfunnet. I Ot.prp. nr.13 ble det uttalt i punkt 10.4.5., «Sosial- og helsedepartementets vurderinger», at:

«Det forhold at offentlig ansatt helsepersonell påtar seg bierverv har flere positive virkninger. For det første kan ekstraarbeid innebære en mer effektiv utnyttelse av det enkelte helsepersonells ressurser, idet vedkommende da i fritiden utfører helsetjenester i tillegg til de helsetjenester som utføres i hovedarbeidet. Ved å påta seg bierverv vil dermed helsepersonell bidra til å øke det samlede helsetilbudet. Offentlig ansatt helsepersonell vil dessuten gjennom bierverv kunne få erfaring som vil være til nytte i hovedvervet.»

Det var enighet om at det var behov for å innføre meldeplikt om bierverv som vil kunne komme i konflikt med hovedarbeidsgiverens interesser. Debatten om meldeplikt, og adgangen for helsepersonell til å inneha bierverv, var først og fremst knyttet til interesse- og habilitetsproblemer som kunne oppstå. At bierverv i private helseinstitusjoner skulle kunne nektes ut fra lojalitetsbetraktninger i forhold til «konkurrerende virksomhet» ble ikke drøftet, verken i forarbeidene eller av Stortinget. Det er ut fra dette lite som tyder på at Stortinget i 1999 mente at det ut fra arbeidsrettslige lojalitetsbetraktninger var adgang til å nekte helsepersonell å ta bierverv i private helseinstitusjoner ut fra konkurransebetraktninger. Spørsmålet er om det i ettertid har skjedd slike

endringer i helsesektoren at den arbeidsrettslige lojalitetsplikten er blitt utvidet innenfor denne sektoren.

Problemet knyttet til om helsepersonells rett til bierverv er begrenset ut fra konkurransebetragtninger synes å ha oppstått etter reformen der staten overtok ansvaret for sykehusene og den øvrige spesialisthelsetjenesten. Gjennom helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 91 ble det opprettet helseforetak som eies av regionale helseforetak, som igjen eies av staten ved Helse- og omsorgsdepartementet. Det synes som om spørsmålet ble ytterligere aktualisert gjennom lovfesting av pasienters rett til fritt sykehusvalg i pasientrettighetsloven § 2-4. I kjølvannet av disse reformene har det vært spørsmål om å begrense adgangen til bierverv utover det som følger av kravene til forsvarlighet og kravene til habilitet.

I forbindelse med innføringen av såkalt «fritt sykehusvalg» i pasientrettighetsloven § 2-4, ble spørsmålet om helsepersonells bierverv berørt i Ot.prp. nr. 63 (2002-2003), kap. 4.5.2 «Departementets vurdering av å utvide retten til fritt sykehusvalg til å omfatte private sykehus som har avtale med de regionale helseforetakene om fritt sykehusvalg». I proposisjonen side 21 heter det:

«Etter departementets vurdering, bør derfor pasientrettighetsloven § 2-4 endres slik at ordningen med fritt sykehusvalg kan omfatte alle privat eide og drevne sykehus som inngår avtaler med de regionale helseforetakene om fritt sykehusvalg.

Dette forslaget vil støtte opp om det generelle formålet med pasientrettighetslovens bestemmelser om fritt sykehusvalg. Det spesifikke formålet med utvidelsen er for det første en bedre utnyttelse av kapasiteten i den samlede sykehussektoren. For det andre er det et formål å øke pasientenes valgmuligheter og øke retten til å medvirke til beslutninger som gjelder egen helse. Forslaget gir pasienter mulighet til å velge mellom offentlig og privat helsetjeneste der det finnes et aktuelt privat tilbud. Forslaget endrer ikke, slik enkelte høringsinstanser anfører, den overordnede helsepolitiske målsettingen om at det offentlige skal ha ansvaret for å sørge for lik tilgang til helsetjenester av god kvalitet til befolkningen uavhengig av pasientens bosted. Det vil heller ikke føre til kommersialisering og privatisering av helsevesenet. Vi har en lang tradisjon for at pasienter også skal kunne dra nytte av helsetjenester som drives i privat regi, for eksempel helsetjenester som ytes av sykehus drevet av private organisasjoner. Pasientenes rett til fritt sykehusvalg omfatter allerede i dag disse private sykehusene. Det som er nytt i lovforslaget, er at også private sykehusvirksomheter som det ikke står ideelle organisasjoner bak, skal omfattes av ordningen. Dersom forslaget fører til at det offentlige helsevesenet får noe økt konkurranse fra privat sektor, kan det være sunt. Med konkurranse menes da ikke først og fremst konkurranse i et økonomisk marked, men konkurranse når det gjelder å dekke pasientenes medisinske behov på en måte som pasientene er fornøyd med. Det vil si konkurranse om kvalitet og pasienttilfredshet.

I departementets styringsdokument til de regionale helseforetakene for 2003 blir det imidlertid minnet om at foretakene i forbindelse med avtaleinngåelse med private virksomheter må

være bevisste på at partene får klarere roller. Et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene. Det forutsettes at foretakene, med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon, vurderer retningslinjer for slike biervervsforhold. Vurderingene forutsettes gjort i samsvar med blant annet helsepersonelloven § 19 og annet relevant regelverk. Det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet. De regionale helseforetakene skal legge til rette for og påse at helsepersonell utfører arbeidet i samsvar med kravene til faglig forsvarlighet, jf helsepersonelloven § 4. I dette ligger at den helsehjelpen som ytes, ikke skal påføre pasienter, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift. For å sikre nødvendig tillit til at helsetjenester leveres på et faglig grunnlag, må de regionale helseforetakene påse at personell verken på egne eller andres vegne mottar gave, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som kan være egnet til å påvirke handlinger på en utilbørlig måte, eller som kan gi grunnlag for tvil om handlinger påvirkes, jf helsepersonelloven §§ 6 og 9. Slik tvil kan også oppstå dersom arbeidstaker har bierverv eller annen tilknytning til leverandører eller tjenesteytere i forhold til foretakene.»

I Innst. O. nr. 23 (2003-2004) fra Sosialkomiteen til lov om endringer i pasientrettighetsloven ble det i sammendraget uttalt:

«Det vises til at det i departementets styringsdokument til de regionale helseforetakene for 2003 ble minnet om at foretakene i forbindelse med avtaleinngåelse med private virksomheter må være bevisste på at partene får klarere roller. Det uttales at et supplerende element i klargjøringsarbeidet er hvordan ansatte som har sitt hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi som kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene.»

Komiteen tilrødde lovendringen og viste til merknadene og proposisjonen.

Departementets og Stortingets oppmerksomhet i forbindelse med diskusjonen om helsepersonells adgang til bierverv, også i forbindelse med helsereformene, var særlig rettet mot å unngå rollemessig uklarhet. Dette er også Helse- og omsorgsdepartementets syn, jf. brevet hit 20. oktober 2006. Spørsmålet om private helseinstitusjoner, og da særlig private sykehus, kan tenkes å være i en konkurransesituasjon til de offentlige helseforetakene, er så vidt nevnt. Det kan ikke sees at det i forbindelse med innføringen av helsereformene har vært drøftet om det på helt generelt grunnlag skulle være adgang til å nekte helsepersonell bierverv i en privat helseinstitusjon av den typen som X Røntgeninstitutt driver.

Gjennom styrevedtaket 1. oktober 2004, og senere praksis ved helseforetaket, synes Helse Nordmøre og Romsdal HF å ha innført et generelt og vidtrekkende forbud mot arbeid i private helseinstitusjoner, såkalt «konkurrerende virksomhet». Gjennomføringen av styrevedtaket synes blant annet å bygge på en tolkning av det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet. Det er fra departementets side gitt en omfattende redegjørelse for hvordan lojalitetsbegrepet må forstås innenfor helsesektoren.

Det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet, og spørsmålet om adgangen til å nekte bierverv i konkurrerende virksomhet, er i det alt vesentlige utviklet i det private næringsliv. Begrepene konkurranse og konkurrerende virksomhet må forstås i lys av den økonomiske situasjonen og det markedet arbeidsgiveren befinner seg på. Situasjonen for X Røntgeninstitut er, sett i forhold til helseforetaket, preget av andre økonomiske og konkurransemessige forhold enn slike som er typiske i det private næringsliv. De vurderinger som må foretas i et slikt tilfelle må derfor være andre enn de som foretas for konkurrerende virksomheter i det private næringsliv. Om den virksomheten X Røntgeninstitut driver er av en slik art og står i et slikt forhold til helseforetaket at det må anses illojalt for en arbeidstaker ved helseforetaket å ta arbeid ved røntgeninstituttet, må avgjøres konkret.

Statens drift av sykehusene styres ut fra overordnede helsepolitiske og samfunnsmessige formål, og ikke ut fra hensynet til økonomisk overskudd for de statlig eide helseforetakene, selv om lønnsomhet også skal være styrende. I det private næringsliv må lojalitetsbegrepet i forhold til konkurrerende virksomhet særlig være knyttet til den priskonkurransen som foregår i det økonomiske markedet aktørene opererer i. Når det ikke er tale om konkurranse i et slikt typisk økonomisk marked, blir det mer problematisk å se at hensynene bak adgangen til å begrense arbeidstakeres bierverv slår til.

I denne konkrete saken har Helse Midt-Norge RHF inngått driftsavtale med X Røntgeninstitut. Det er opplyst at dette er en rammeavtale, der det bestilles et visst antall undersøkelser/prøver og det er det regionale foretaket som betaler. Videre er det opplyst at søknadene om undersøkelser/prøver i hovedsak kommer fra fastleger eller primærleger. I de tilfeller helseforetakene ikke klarer å holde behandlingsfristen, vil helseforetaket også kunne henvise pasientene til private. Omfanget av dette er imidlertid lite. Det fremgår at røntgeninstituttet i all hovedsak utfører undersøkelser/prøver på direkte oppdrag fra primærhelsetjenesten, og det synes ikke å være en aktuell problemstilling at disse pasientene i stedet skulle vært henvist til helseforetaket. Prøvene/undersøkelsene er bestilt av og blir betalt av det regionale helseforetaket. Det er i lys av dette vanskelig å se at røntgeninstituttet dermed kan betraktes som «konkurrerende virksomhet», på linje med det som er tilfellet i det private næringsliv.

I denne saken er det heller ikke uten videre gitt at

«konkurranse i forhold til tilgangen på kvalifisert personell», som det er vist til i departementets brev hit 20. oktober 2006, er et argument som taler for at det foreligger «konkurrerende virksomhet». I hvilken grad konkurranse om arbeidskraft kan være relevant for å hindre en arbeidstaker bierverv ut fra lojalitetsmessige betraktninger, må vurderes konkret. A er ansatt i helseforetaket i full stilling. Innenfor arbeidsmiljølovens grenser vil det være adgang for hovedarbeidsgiver å pålegge ham å arbeide overtid med sikte på å kunne utnytte dyrt medisinteknisk utstyr best mulig, jf. den problemstillingen som er nevnt av både helseforetaket og departementet. I den grad et eventuelt bierverv vil fortrenge den ansattes mulighet for å utføre pålagt overtidsarbeid, vil det kunne være adgang til å nekte den ansatte bierverv ut fra hensynet til hovedervervet. Det er ikke opplagt at A har motsatt seg pålagt overtidsarbeid.

Det ser heller ikke ut til at As bierverv ville ha medført andre uheldige konsekvenser for hovedarbeidsgiver. Jeg nevner her at helseforetaket ikke har anført at et eventuelt bierverv ville påvirke As arbeid i hovedstillingen, eller at bierverv ved røntgeninstituttet ville medføre habilitets- eller interessekonflikter for ham.

Etter en samlet vurdering har jeg etter dette kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til om arbeidsavtalen mellom Helse Nordmøre og Romsdal HF og A, sammenholdt med det arbeidsrettslige lojalitetsbegrepet, gir rettslig grunnlag for å nekte A bierverv ved X Røntgeninstitut.

### 5. Konklusjon

Det er tvilsomt om arbeidsavtalen, tolket i lys av den arbeidsrettslige lojalitetsplikten, gir rettslig grunnlag for å begrense adgangen for A til å ta bierverv ved X Røntgeninstitut.

Den praksisen som nå synes å utvikles ved de offentlige helseforetakene bryter med en langvarig adgang for helsepersonell til å ta bierverv i private helseinstitusjoner. I lys av de ovenfor siterte forarbeidene til helsereformene, og de merknadene jeg har hatt til anvendelsen av konkurransebegrepet på dette området, synes den endrede praksisen å hvile på et tvilsomt rettslig grunnlag. Inngrep i tilsattes rett til å bestemme over egen fritid må etter mitt syn være forankret i et klart rettslig grunnlag og bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Helse Nordmøre og Romsdal HF bes om å behandle saken på nytt, og se nærmere på praksisen knyttet til å nekte arbeidstakere bierverv.

Jeg ber også Helse- og omsorgsdepartementet, som eier av de regionale helseforetakene, vurdere nærmere den praksisen som synes å ha utviklet seg på dette området.

Helseforetaket og departementet bes om å holde ombudsmannen orientert om den videre behandlingen av saken.»



## 30.

**Tjenstlig tilrettevisning – innsyn i det faktiske grunnlaget for avgjørelsen**

(Sak 2006/1240)

*Et universitets reaksjon overfor en professor måtte anses som en tjenstlig tilrettevisning, og ikke som ordensstraff. Tilrettevisningen ble imidlertid gitt uten at kravene til forsvarlig saksbehandling ble fulgt. Saken var ikke tilstrekkelig opplyst da professoren ikke fikk innsyn i, og dermed heller ikke anledning til å imøtegå, konkrete opplysninger som dannet grunnlaget for tilrettevisningen. Det kunne også synes som om manglende åpenhet om det faktiske grunnlaget for tilrettevisningen førte til at den ble utformet på en måte som gjorde den lite egnet til å virke retningsgivende for arbeidsforholdet.*

En professor ved et universitet ble gitt en tjenstlig tilrettevisning på grunnlag av «bevisst motarbeiding» av lederen av enheten han var tilknyttet «ved å boikotte seksjonens ukentlige møter», og videre «oppfordring overfor andre ansatte ved enheten om å motarbeide enhetsleder på en utilbørlig og arbeidsmiljømessig meget skadelig måte». I tilrettevisningen ble det videre bl.a. presisert at den var «en advarsel og ingen ordensstraff etter tjenestemannloven».

Samme dag mottok professoren et brev med overskriften «[e]ndringer i arbeidsforhold» hvorefter han organisatorisk ble flyttet fra enheten han var tilknyttet, slik at han i det videre ville være direkte underlagt instituttlederen. Endringen innebar skifte av kontor.

Etter noe korrespondanse og et møte mellom partene brakte professoren v/advokat saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at beslutningen om endringer i arbeidsforhold måtte ses i sammenheng med den tjenstlige tilrettevisningen, og at reaksjonene samlet sett måtte anses som en ordensstraff etter tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 14 nr. 2, første alternativ. Videre ble det vist til at de to punktene i «tilrettevisningen» bygget på et faktum som dekanus selv ikke hadde sett eller iaktatt, og at skriftlige rapporter om forholdene var nektet utlevert til professoren. Klageren pekte på at siktemålet med en tjenstlig tilrettevisning var å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenestemannens plikter, og hevdet at brevene han hadde mottatt ikke «dekket denne funksjonen». Subsidiært ble det anført at selv om forholdene ikke kunne anses som en ordensstraff, ville forvaltningslovens regler om forsvarlig opplysning av saken, krav om dokumentinnsyn og partsoffentlighet, krav på begrunnelse og krav til skriftlighet komme analogisk til anvendelse.

Ombudsmannen ba professorens fakultet om en nærmere redegjørelse for universitetets saksbehandling forut for illeggelsen av den tjenstlige tilrettevisningen. Særlig ble det bedt opplyst om klageren hadde fått varsel om at det ble vurdert å gi en tjenstlig

tilrettevisning, og om det var korrekt at han ikke hadde fått tilgang til opplysninger om de konkrete forholdene som var bakgrunnen for tilrettevisningen. Det ble videre bedt om en begrunnelse for at klageren eventuelt ikke hadde fått tilgang til opplysninger eller anledning til å uttale seg om den faktiske bakgrunnen for punktene i tilrettevisningen. Videre ble det bl.a. bedt om kommentarer til klagerens anførsler om at den aktuelle tjenstlige tilrettevisningen ikke var egnet til å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenestemannens plikter.

Fakultetet opplyste at saken om tjenstlig tilrettevisning kom opp etter at dekanus hadde hatt separate møter med leder og ansatte ved professorens enhet om forhold de hadde vært utsatt for av ham, og viste til notat som var oversendt ombudsmannen tidligere. Dette notatet ville fakultetet ikke gi klageren innsyn i. I og med at det ikke er noen formkrav til en slik tilrettevisning, ble professoren ikke varslet på forhånd. Det ble opplyst at tilrettevisningen ble overlevert professoren i et møte hvor det var adgang til å stille spørsmål.

Til spørsmålet om klagerens innsynsrett til opplysninger som angikk ham selv, anførte fakultetet at man mente at sakens parter i denne saken hadde blitt tilstrekkelig opplyst om faktiske forhold, men at det her gjaldt opplysninger som dekanus hadde fått i full fortrolighet. Det ble vist til at fakultetet fant det viktig å opprettholde fortrolighet mellom de ansatte og ledelsen.

Til spørsmålet om tilrettevisningen var egnet til å klargjøre innholdet i og omfanget av klagerens plikter, mente fakultetet at det første punktet i tilrettevisningen var helt konkret, ved at det ble vist til at tilstedeværelse ved seksjonens møter er ønskelig. Til det andre punktet i tilrettevisningen uttalte fakultetet bl.a. at det «signaliserer at arbeidsgiver forventer at enhetsleder respekteres og at handlinger for å svekke enhetsleders stilling ikke aksepteres.»

Klageren bestred at han hadde boikottet møtevirksomheten, og det ble vist til ulike grunner for at han ikke hadde vært til stede ved møtene. Det ble vist til at det ikke var møteplikt, og at møtene ikke hadde vesentlig betydning for gjennomføringen av professorens forsknings- og undervisningsforpliktelser. Til det punktet i tilrettevisningen som gjaldt bevisst motarbeidelse av enhetsleder, ble det opplyst at professoren var innforstått med at dersom han hadde gjort noe kritikkverdige, ville han gjerne ha dette konkretisert på en slik måte at han kunne unngå gjentakelse.

Videre anførte klageren at vedtaket om «endringer i arbeidsforhold» hadde medført at han var organisatorisk forvist fra den enheten hans fagområde var organisatorisk plassert under. Det ble opplyst at han var fratatt faglig ansvar og undervisning, og at han ikke fikk tildelt nye mastergradsstudenter. Professoren oppfattet vedtaket som en klar straffereaksjon, ordensstraff.

Ombudsmannen ba etter dette fakultetet om å gi

sitt syn på om reaksjonene mot professoren samlet sett måtte vurderes som en ordensstraff.

Fakultetet var uenig i at det var tale om en ordensstraff. Det ble vist til at den tjenstlige tilrettevisningen og endringene i arbeidsforholdet utgjorde to separate forhold som ikke kunne ses i sammenheng, og som begge lå innenfor styringsretten. Når det gjaldt flyttingen av professoren ut av enheten han var tilknyttet, ble det opplyst at dette var resultat av en helhetlig vurdering i et svært komplisert forhold, der professorens sak ikke kunne ses isolert. Fakultetet viste til at arbeidsgiver hadde ønsket å finne en løsning som ivaretok både professoren og de øvrige ansatte i enheten. Det ble videre vist til at pålegget om flytting ikke medførte endringer i stillingens grunnpreg. Videre viste fakultetet til at professoren ikke var fratatt undervisningsoppgaver, men at det må finnes nye praktiske løsninger. Fakultetet erkjente at professoren hadde mistet den formelle muligheten til å samarbeide med enhetsleder, men viste til at professoren ikke hadde vært villig til å samarbeide med henne. Endelig viste fakultetet til at det var nedsatt en prosjektgruppe som arbeidet med å finne organisatoriske løsninger for å unngå uheldige virkninger på sikt. Fakultetet samtykket til å gi klageren delvis innsyn i notatet som var oversendt ombudsmannen.

Senere oversendte fakultetet rapport om organisering og arbeidsmiljø ved instituttet, utarbeidet av en intern arbeidsgruppe. Det ble videre opplyst at det ble arbeidet med å konkretisere hvordan undervisningen til professoren praktisk sett kunne organiseres.

Klageren fastholdt tidligere anførsler.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Tjenstlig tilrettevisning eller ordensstraff?»

I klagen og i den senere brevvekslingen er det anført at den tjenstlige tilrettevisningen og de endringene i arbeidsforholdet som er gjennomført etter at tilrettevisningen ble gitt, innebærer at forholdene samlet sett må anses som en ordensstraff, jf. tjenstemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 14. Det er vist til at det er klagerett når arbeidsgiver tildeler ordensstraff, og at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak i forvaltningsloven kommer til anvendelse.

Jeg har i en rekke tidligere saker uttalt at spørsmålet om det foreligger en tjenstlig tilrettevisning eller en ordensstraff må avgjøres ut fra en skjønnsmessig totalvurdering av de reelle forholdene i saken. En tjenstlig tilrettevisning har først og fremst som siktemål å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenstemannens tjensteplikter. Tilrettevisningen gis i tilknytning til arbeidet og skal være retningsgivende for arbeidsforholdet. En ordensstraff er først og fremst en sanksjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjensteplikter, selv om den også vil ha som siktemål å få den som ilegges or-

densstraffen til å forholde seg på en bestemt måte for fremtiden.

Et spørsmål i denne saken er om det dokumentet som er kalt «tjenstlig tilrettevisning», må ses i sammenheng med et brev datert samme dag, og som gir pålegg om endringer i arbeidsforhold i kraft av arbeidsgiverens styringsrett. Videre er det spørsmål om også den senere gjennomføringen av endringene i arbeidsforholdet må trekkes inn, og om forholdene i så fall samlet må ses som en ordensstraff.

Det kan ikke være tvil om at det dokumentet som er kalt «tjenstlig tilrettevisning» isolert sett må betraktes som en tilrettevisning. Både formen og innholdet i brevet tilsier dette. Formålet har klart nok vært å klargjøre klagerens tjensteplikter.

Til klagerens anførsel om at de etterfølgende endringene i hans arbeidsforhold sammen med tilrettevisningen fremstår som en straffereaksjon, har fakultetet fastholdt at de to dokumentene handler om to separate forhold som ikke kan ses i sammenheng. Fakultetet har særlig trukket frem at endringene i klagerens arbeidsforhold er gjort ut fra en helhetlig vurdering, der det er arbeidsmiljøforholdene ved enheten som har vært avgjørende for de valgte løsningene. Det er også vist til at det senere er nedsatt en arbeidsgruppe som har foreslått mulige permanente organisatoriske endringer for å løse arbeidsmiljøproblemet.

Etter mitt skjønn er det ikke tvilsomt at de to brevene som professoren mottok samme dag, må ses i sammenheng ved vurderingen av om det er tale om en tjenstlig tilrettevisning eller en ordensstraff. Dette følger allerede av at den rettslige bedømmelsen som nevnt beror på en samlet helhetsvurdering. Bedømmelsen vil naturlig også måtte omfatte fakultetets oppfølging av saken i forhold til professoren. Slik denne saken er opplyst, må jeg imidlertid legge til grunn at heller ikke endringene i arbeidsforholdet som ble varslet samme dag som den tjenstlige tilrettevisningen, og den senere gjennomføringen, hadde som formål å pådra klageren en *sanksjon*. Etter den redegjørelsen som fakultetet har gitt om hvordan organisasjonsspørsmålet håndteres, må jeg legge til grunn at fakultetet har satt i verk disse tiltakene fordi det var ansett nødvendig av hensyn til arbeidsmiljøet. Det er ikke noe i sakens dokumenter eller i redegjørelsene til ombudsmannen som tyder på at tiltakene er iverksatt med det formålet å *sanksjonere* en opptreden fra klagerens side. Videre må det legges betydelig vekt på arbeidsgivers klare utsagn om at det her var tale om en tjenstlig tilrettevisning og *ikke* en ordensstraff. Etter en samlet vurdering legger jeg til grunn at klageren ble ilagt en tjenstlig tilrettevisning, og ikke en ordensstraff. Det vil være langt mer alvorlig for en tilsatt å bli ilagt en ordensstraff, enn det er å motta en alminnelig tjenstlig tilrettevisning. Det er derfor grunn til å være tilbakeholden med å karakterisere et tiltak som en ordensstraff når arbeidsgiveren så klart uttaler at det ikke er ment som en ordensstraff. Dette gjelder selv om en tjenstlig til-

rettevisning ikke gir klagerett. Også tjenstlige tilrettevisninger må imidlertid undergis alminnelige forvaltningsrettslige krav om forsvarlig saksbehandling, jf. nedenfor om dette.

## 2. *Kravet til forsvarlig saksbehandling ved tjenstlige tilrettevisninger, herunder kravet om partsinnsyn.*

En tjenstlig tilrettevisning vil være en avgjørelse, men er ikke ansett som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2. De konkrete saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. IV og V kommer derfor ikke direkte til anvendelse. Heller ikke reglene i forvaltningsloven kap. VI om klage vil gjelde. En tjenstlig tilrettevisning av den typen og med det innholdet det er tale om i denne saken, må imidlertid anses som en sak av stor betydning for den tilsatte og hans arbeidsforhold. Dette tilsier at det som nevnt må stilles krav til saksbehandlingen selv om det ikke formelt sett er tale om en ordensstraff. Jeg har gjentatte ganger tidligere uttalt meg om hvilke krav som må stilles til saksbehandlingen i forbindelse med en tjenstlig tilrettevisning, se bl.a. årsmeldingen for 1996 side 45 (Somb-1996-6) og årsmeldingen for 1997 side 56 (Somb-1997-5), og sak 2006/276. Selv om det ikke foreligger klagerett på en tjenstlig tilrettevisning, vil det grunnleggende, ulovfestede kravet om at all saksbehandling i offentlig forvaltning skal skje på en forsvarlig måte, komme til anvendelse. Dette innebærer at en rekke av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven vil måtte gis tilsvarende anvendelse.

Et av de sentrale elementene i forsvarlighetskravet er at forvaltningen har plikt til å sørge for at en sak er tilstrekkelig opplyst før en beslutning treffes. For enkeltvedtak er kravet uttrykkelig uttalt i forvaltningsloven § 17 der det heter at saken skal være «så godt opplyst som mulig», men prinsippet må gjelde også ellers. Et vesentlig element i kravet til tilstrekkelig opplysning av en sak er at den saken gjelder må få anledning til eventuelt å korrigere eller imøtegå konkrete opplysninger i saken. Dette har en viktig side til kontradiksjonsprinsippet, som innebærer at berørte parter skal gis mulighet for å forsvare sine interesser. Flere konkrete saksbehandlingsregler i forvaltningsloven, bl.a. § 16 om forhåndsvarsling og § 18 om retten til dokumentinnsyn, gjenspeiler dette kravet. For enkeltvedtak gjelder disse reglene direkte. For andre avgjørelser vil kravet måtte avpasses hva som er nødvendig for å sikre opplysningen av saken.

Det sentrale spørsmålet her er om saken var tilstrekkelig opplyst da tilrettevisningen ble gitt, når klageren ikke var varslet og dessuten ikke hadde fått innsyn i den faktiske bakgrunnen for et helt sentralt punkt i tilrettevisningen. Det ble lagt til grunn i den skriftlige tilrettevisningen at klageren hadde gitt «[o]ppfordring overfor andre ansatte ved enheten om å motarbeide enhetsleder på en utilbørlig og ar-

beidsmiljømessig meget skadelig måte». Det er på det rene at det er opplysninger fra andre tilsatte ved enheten som har dannet bakgrunnen for formuleringen i den tjenstlige tilrettevisningen. I et notat til ombudsmannen har fakultetet redegjort nærmere for den konkrete, faktiske bakgrunnen for denne formuleringen. Fakultetet har imidlertid ikke gjort klageren kjent med innholdet i disse opplysningene, eller hvem som har gitt dem. Dette er begrunnet med at det av hensyn til andre ansatte ved enheten, og behovet for å opprettholde fortrolighet mellom de enkelte ansatte og ledelsen, ikke er ønskelig at klageren får innsyn i opplysningene.

Ifølge ombudsmannens instruks av 19. februar 1980 § 6 tredje ledd har klageren «rett til å gjøre seg kjent med de uttalelser og opplysninger som er gitt i klagesaken, med mindre han etter de regler som gjelder for vedkommende forvaltningsorgan ikke har krav på det». Jeg nevner for ordens skyld at universitetets ønske om hemmelighold er lagt til grunn under behandlingen ved mitt kontor, slik at professoren fortsatt ikke er kjent med opplysningene. Noe annet ville være å foregripe prøvingen av forvaltningssaken.

I forvaltningsloven § 19 er det gitt regler for når en part kan nektes adgang til opplysninger i en sak. Som nevnt kommer ikke bestemmelsen direkte til anvendelse, men den vil kunne gi en viss veiledning i forhold til det spørsmålet det her er tale om. I § 19 annet ledd heter det:

«Med mindre det er av vesentlig betydning for en part, har han heller ikke krav på å få gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som gjelder

---  
b) andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre.»

Det er lagt til grunn i forarbeidene til bestemmelsen, i Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) side 67, at bokstav b) innebærer at «offentlig myndighet synes også å burde ha en viss rett til å beskytte sine kilder». Bestemmelsen gir imidlertid anvisning på en interesseavveining, der hensynet til partens behov for å gjøre seg kjent med opplysningene må veies mot hensynet til behovet for kildebeskyttelse.

De faktiske opplysningene som klageren ikke har fått se i denne saken, synes å ha vært av sentral betydning for den tjenstlige tilrettevisningen. Punktet i tilrettevisningen om at klageren har oppfordret andre ansatte til bevisst å motarbeide enhetsleder, synes i sin helhet å bygge på opplysninger som klageren ikke er gjort kjent med. Han har ikke fått vite hva opplysningene konkret går ut på, eller mulighet for eventuelt å imøtegå de faktiske opplysningene. Det er vanskelig å se at denne saken kunne bli forsvarlig opplyst uten at klageren på forhånd fikk innsyn i, og adgang til å uttale seg om, det faktiske grunnlaget for tilrettevisningen. Dette gjelder selv om opplysningene avgjørelsen bygger på, objektivt

sett skulle vise seg å være riktige. Kravet til en forsvarelig eller tilstrekkelig opplysning av saken innebærer som nevnt også krav til saksbehandlingen og til at opplysningene lar seg kontrollere.

Når en arbeidsgiver mottar opplysninger om en av de tilsatte, og som senere skal benyttes som grunnlag for en reaksjon overfor den tilsatte, må det praktiseres åpenhet om opplysningenes innhold overfor den saken gjelder. Dersom det er nødvendig for sakens opplysning, vil dette også gjelde hvem som er kilde til opplysningene, selv om innsyn i opplysningenes innhold ikke uten videre innebærer at også kilden skal røpes. Uansett bør forvaltningen som arbeidsgiver i slike situasjoner være svært forsiktig med å love taushet om konkrete faktiske opplysninger og hvem som er kilde til disse.

I denne saken kan det også synes som om åpenhet om den faktiske bakgrunnen for den tjenstlige tilrettevisningen er nødvendig for å oppnå formålet med tilrettevisningen. Som nevnt ovenfor skal en tilrettevisning først og fremst bidra til å klargjøre innholdet av arbeidstakerens tjenesteplikter, og være retningsgivende for arbeidsforholdet. En rundt formulert tilrettevisning, som ikke klargjør hvilke konkrete feil arbeidsgiveren bygger tilrettevisningen på, kan vanskelig oppnå dette formålet. En tjenstlig tilrettevisning må være konkret, og bygge på opplysninger som er kjent for begge parter, dersom det skal være mulig å oppnå en klargjøring av tjenestepliktene.»

I min konklusjon sa jeg at det syntes å være klart at klageren ble ilagt en tjenstlig tilrettevisning, ikke en ordensstraff. Den tjenstlige tilrettevisningen ble imidlertid gitt uten at kravene til forsvarelig saksbehandling var fulgt. Saken kunne ikke sies å ha vært tilstrekkelig opplyst da klageren ikke fikk innsyn i og anledning til å imøtegå konkrete opplysninger som dannet grunnlaget for tilrettevisningen.

Av forståelige grunner hadde jeg ikke hatt foranledning til å vurdere nærmere innholdet i tilrettevisningen. En generelt formet tilrettevisning som ikke konkret redegjorde for det faktiske grunnlaget, ville være lite egnet til å virke retningsgivende for arbeidsforholdet.

Fakultetet ble bedt om å vurdere saken på nytt, og jeg ba om å bli holdt orientert om den nye behandlingen.

## Ytringsfrihet for offentlig ansatte

### 31.

#### Ytringsfrihet en for lærer – forslag om nedleggelse av skole

(Sak 2007/544)

*A engasjerte seg gjennom leserinnlegg og deltakelse på folkemøter og foreldremøte i debatten om mulig nedleggelse av X skole, hvor hun er lærer. Skoleledelsen ga gjennom oppslag på skolen og på andre måter uttrykk for at de ansattes syn skulle fremmes gjennom «personalets kanaler».*

*A hadde rettslig adgang til å ytre seg slik hun gjorde. Skoleledelsens handlemåte hadde karakter av ulovlig inngrep i lærerens ytringsfrihet, slik denne er sikret i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Ombudsmannen fant videre grunn til å knytte noen kommentarer til skolens arbeidsreglement og preserelement, som på enkelte punkter gikk for langt i å begrense de ansattes ytringsfrihet.*

A var lærer på X skole, som var foreslått nedlagt. Hun engasjerte seg i debatten rundt den foreslåtte nedleggelsen, herunder gjennom deltakelse på folkemøter, skriving av leserinnlegg i lokalavis, samt deltakelse på ekstraordinært foreldremøte i regi av Foreldrenes arbeidsutvalg (heretter FAU).

I et e-brev fra grunnskolelederen til rektor ved X skole, som senere ble gjort kjent for lærerne på skolen, fremgikk det blant annet følgende:

«Jeg mener som tidligere at lærere ikke aktivt skal delta i kampanjer eller aksjoner for bevaring av «sin» skole. Det kan de gjøre helt ryddig og legitimt på to andre måter: De kan påvirke sin fagforening til å ta standpunkt i saken til deres fordel. (...) Og de kan bruke sitt politiske parti, eventuelt engasjere seg i et, som inntar standpunkter i saken som er forenlige med lærernes syn. Det blir galt uansett standpunkt om lærerne bruker sin arbeidsplass som kamparena.»

I forbindelse med at FAU hadde innkalt til et ekstraordinært foreldremøte, der også lærere var invitert, hadde rektor skrevet melding på skolens oppslagstavle hvor det bl.a. het:

«FAU har innkalt til ekstraordinære foreldremøter i dag. For å rydde litt: Lærernes meninger skal høres gjennom personalets kanaler: Fagforeninger eller ved engasjement i politiske partier. Skolen som arbeidsplass skal ikke brukes som kamparena.»

I et brev til grunnskolelederen ba A om en klargjøring av hvor grensene for hennes ytringsfrihet gikk, og av det rettslige grunnlaget for eventuelle begrensninger i ytringsfriheten. Grunnskolelederen presiserte i sitt svarbrev at det ikke var gitt noen instruksjoner, pålegg eller sanksjoner i denne saken. Han

fremholdt imidlertid at det var adgang til å gjøre begrensninger i ytringsfriheten dersom det forelå et særskilt grunnlag, noe han mente var «tilfelle her».

I en senere medarbeidersamtale mellom A og rektor var bl.a. brevet fra grunnskolelederen tema. A fikk utlevert kommunens arbeidsreglement, som i § 16 regulerer «[i]nformasjon til media».

A stilte i sin klage til ombudsmannen spørsmål om skoleledelsens handlemåte var en begrensning av hennes ytringsfrihet i strid med Grunnloven § 100.

I brev herfra ble Y kommune bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på hvorvidt As adgang til å ytre seg i saken var eller hadde vært begrenset, samt for et eventuelt rettslig grunnlag for dette. Videre ble kommunen bedt om å redegjøre for forholdet mellom arbeidsreglementet og arbeidstakernes rett til ytringsfrihet, herunder hvordan bestemmelsen ble praktisert.

Kommunen fremholdt i svaret til ombudsmannen at As adgang til å ytre seg verken var eller hadde vært begrenset. Brevet fra grunnskolelederen var «gitt i generelle vendinger og ikke rettet mot noen enkeltlærere eller disses handlinger». Kommunen skrev videre:

«Imidlertid var og er det rådmannens og grunnskoleleders holdning at lærere vanskelig vil kunne bli oppfattet som privatpersoner når de opptrer på sin arbeidsplass på et foreldremøte. Og dersom det er riktig, vil det i gitte tilfeller kunne være grunnlag for begrensninger i ytringsfriheten. Grunnskoleleder har i sitt brev til A ikke fastslått at så er tilfelle i forhold til As handlinger.»

Om pressereglementet skrev kommunen at dette var gammelt, og at det kunne være modent for en revisjon. Kommunen var ikke kjent med at reglementet hadde vært «prøvd eller vurdert juridisk i forhold til gjeldende lov».

I en kommentar til kommunens redegjørelse skrev A bl.a. at både hun og hennes kollegaer hadde oppfattet oppslaget fra rektor som «direktiver eller retningslinjer for hvordan vi skulle forholde oss mht ytringer i denne saken». Hun pekte på at både e-brevet og oppslaget kom i en situasjon hvor flere av skolens lærere vurderte å ytre seg på annen måte enn det skoleledelsen ønsket.

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

#### *«1. Rettslig utgangspunkt - Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10*

Den alminnelige ytringsfriheten er rettslig beskyttet i Grunnloven § 100 og blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10. Ansattes ytringsfrihet er omfattet av dette alminnelige vernet om ytringsfriheten, og utgangspunktet er at ansatte har ytringsfrihet på lik linje med alle andre.

Ytringsfriheten for offentlig ansatte ble styrket

ved grunnlovsendringen som ble vedtatt 30. september 2004. Grensen for ansattes ytringsfrihet følger nå direkte av en tolking av Grunnloven, og det må antas at ansattes ytringsfrihet er utvidet etter endringen i 2004. I alminnelighet må Grunnloven § 100 i dag anses for å gi et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK artikkel 10.

Arbeidstakere står imidlertid i en stilling som kan medføre at de må legge bånd på sin ytringsfrihet - innskrenkninger som etter forholdene må godtas etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 annet ledd. Begrensninger i den ansattes ytringsfrihet må begrunnes og ha rettslig grunnlag i lov, arbeidsavtaler eller i den ulovfestede lojalitetsplikten som gjelder i alle arbeidsforhold.

Lojalitetsplikten er forankret i arbeidsforholdet, og innebærer bl.a. en plikt for den ansatte til å unngå å ytre seg på en illojal måte som skader arbeidsgivers legitime og saklige interesser. Lojalitetsplikten er knyttet til arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten gir imidlertid ingen generell adgang til å regulere eller sanksjonere ansattes ytringer. Arbeidsgivere kan derfor ikke slå ned på ytringer som oppfattes som uønskete, uheldige eller ubehagelige. Uttalelser som ikke er undergitt taushetsplikt, og som i hovedsak gir uttrykk for arbeidstakerens egne oppfatninger, vil det vanligvis være anledning til å komme med.

Forholdet mellom ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikt beror i dag på en bredt sammensatt vurdering av en rekke kryssende hensyn, med Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 som grunnlag, rettesnor og ramme. Praksis viser at noen av de vanskeligste avveiningene gjelder ansattes ytringer på egne vegne om forhold som berører eget arbeidsområde eller egen arbeidsplass. Veiledning om hva som ligger i avveiningsnormen etter Grunnloven § 100 andre og tredje ledd er blant annet gitt i de retningslinjene som ble trukket opp av Justisdepartementet i St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 110. Det fremgår at begrensninger i ytringsfriheten som generelt utgangspunkt bare bør gjelde ytringer som påviselig skader, eller påviselig kan skade, arbeidsgivers interesser på en unødvendig måte. Det fremgår videre at bevisbyrden for slik skade som generelt utgangspunkt bør ligge på arbeidsgiver.

Jeg har i flere uttalelser de senere år lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke har adgang til å reagere på en ansatts ytringer, med mindre det foreligger en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiverens legitime og saklige interesser.

Som utgangspunkt gjelder ytringsfriheten også forhold som hører inn under arbeidsområdet og som berører forholdet til arbeidsgiveren. Offentlig ansatte har et vidt spillerom - både i form og innhold - for offentlig å gi uttrykk for sin mening, også om forhold på eget arbeidsområde og endog på egen arbeidsplass.

## 2. Foreligger en ulovlig begrensning av As yringsfrihet?

Jeg forstår Y kommunes svar på spørsmålene herfra slik at kommunen mener at A hadde anledning til å ytre seg slik hun gjorde gjennom leserinnlegg og deltakelse på folkemøter og ekstraordinært foreldremøte. Dette er jeg enig i.

Lojalitetspliktens innhold må for læreres vedkommende sees i lys av at deres hovedoppgave er undervisning, og at de normalt bare i liten grad har administrativt ansvar eller oppgaver som gjør det rimelig å legge bånd på lærernes adgang til å ytre seg om lokalpolitiske forhold knyttet til skolen. Når rekkevidden av lærernes lojalitetsplikt skal fastlegges, er det derfor nærliggende å ta utgangspunkt i hvorvidt en ytring vil kunne virke negativt inn på deres undervisningsplikter. Det tilsier få begrensninger til å ytre seg om den type forhold det er tale om i denne sak.

Eventuell skolenedleggelse har store konsekvenser for de ansatte, og spillerommet for å ta del i ordskiftet må derfor være stort. Lærernes synspunkter kan også være viktige for opplysningen av saken. Jeg viser i denne sammenheng til forarbeidene til grunnlovsendringen i 2004, NOU 1999: 27 side 129, der det heter:

«Hensynet til allmennheten er generelt en omstendighet som taler for stor yringsfrihet for ansatte. Særlig er det viktig å ha for øye at kvaliteten på den offentlige debatt forringes når de som jobber konkret med de aktuelle sakene ikke får eller vil delta i ordskiftet - ikke minst gjelder dette offentlige ansatte.»

A har som ansatt på skolen særlig kunnskap om denne.

Til dette kommer at det i denne saken neppe bør skilles for skarpt mellom As rolle som innbygger og som lærer, idet skolenedleggelse også er et spørsmål med betydning for lokalsamfunnet.

Jeg kan forøvrig vanskelig se at de meninger A har gitt uttrykk for utgjør noen risiko for skade på kommunens eller skolens legitime og saklige interesser. Dette synes heller ikke å være anført av kommunen. I denne sammenheng er det av betydning at As leserinnlegg m.v. ut fra form og innhold ikke gir grunn til antagelser om at hun forfecker grunnskoleledelsens syn - identifikasjonsfaren er liten. Hun synes for øvrig i det vesentlige å ha gjort arbeidsgiveren kjent med sine synspunkter først.

Spørsmålet i det videre er hvorvidt rektor og grunnskolelederens handlinger kan sies å ha begrenset As yringsfrihet. Kommunen fremholder overfor ombudsmannen at den ikke har hatt til hensikt å begrense hennes adgang til å ytre seg i saken om mulig nedleggelse av X skole. Jeg merker meg dette, men sakens dokumenter gir også holdepunkter for det motsatte.

Når grunnskolelederen i brev til A finner at det foreligger «særlig grunnlag» som kan begrunne be-

grensninger i yringsfriheten i denne saken, og at kommunen derfor henstiller lærerne om å benytte «demokratiske kanaler», kunne det for mottakeren vanskelig forstås annerledes enn at hun etter kommunens syn ikke kunne ytre seg fritt i den konkrete saken. Enn mer gjelder dette rektors oppslag på skolen om at «[l]ærernes meninger skal høres gjennom personalets kanaler: Fagforeninger, eller ved engasjement i politiske partier», og at «[s]kolen som arbeidsplass skal ikke brukes som kamparena». Oppslagene bygget på e-brevet fra grunnskolelederen.

At ord som «instruks», «pålegg» eller «direktiv» ikke er brukt, og at det ikke er varslet eller brukt konkrete sanksjoner for å hindre A i å uttale seg, kan ikke endre inntrykket av at skoleledelsen forsøkte å hindre lærerne i å uttale seg på foreldremøtet. Jeg viser særlig til at rektors oppslag kom i anledning foreldremøtet som A var invitert til. Oppslaget synes nokså absolutt i formen, jf. ovenfor.

Det er i denne sammenheng av betydning at en arbeidstaker normalt vil legge stor vekt på arbeidsgiverens syn på hva de ansatte kan og ikke kan foreta seg. Dette skyldes at en arbeidstaker ofte vil være avhengig av tillit og et godt forhold til arbeidsgiveren, og dessuten se det slik at arbeidsgiveren har størst kunnskap om grensene for arbeidsgiverens styringsrett. En arbeidsgiver bør derfor bestrebe seg på å være presis og forsiktig når han uttaler seg om hva en ansatt, eller en gruppe ansatte, bør og ikke bør gjøre. Grunnskolelederens brev illustrerer problemstillingen.

I spesielle situasjoner vil det kunne være grunnlag for visse begrensninger i lærernes yringsfrihet, særlig når de uttaler seg på en måte som gir inntrykk av at de ytrer seg på vegne av skolen som sådan eller kommunen. Jeg kan imidlertid ikke se at lærernes engasjement for å unngå nedleggelse av X skole kunne oppfattes som noe annet enn nettopp dette; lærernes engasjement - som personer, arbeidstakere og fagpersoner. Det er ikke et krav, slik Y kommune synes å være inne på i svarbrevet hit, at det må fremgå at lærerne uttaler seg som «privatpersoner». Også som ansatte kan de ta del i ordskiftet, herunder i møte med foreldre.

## 3. Arbeids- og pressereglementene

I innledningsavsnittet til Y kommunes pressereglement heter det:

«Grunnregelen er at de kommunale tjenestemenn kun kan uttale seg til pressen på kommunens vegne i de saker de selv er saksbehandler.»

Kommuner og andre arbeidsgivere må ha en nokså vid adgang til å fastsette retningslinjer for hvem som skal uttale seg når det kommer henvendelser fra aviser m.v., for eksempel slik at det da normalt skal henvises til virksomhetsleder, rådmann, pressetalsperson eller lignende. Jeg viser til Justisde-

partementets merknad til Grunnloven § 100 annet ledd:

«Bestemmelsen gir ingen rett til å uttale seg på vegne av andre. Dersom en ansatt nektes å uttale seg på vegne av sin arbeidsgiver, er dette ikke en innskrenkning i ytringsfriheten etter annet ledd.» (St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 182)

Jeg har følgelig ikke rettslige innvendinger til denne delen av pressereglementet.

Videre i samme avsnitt i reglementet heter det imidlertid:

«I egenskap av publikum og bruker av kommunale tjenester bør de ikke uttale seg om eget arbeidsområde, egen etat. I alle forhold må de ivareta sin lojalitetsplikt til kommunen.»

Tilnærmet det samme fremgår av arbeidsreglementets § 16:

«Arbeidstakeren kan, som publikum og bruker av de kommunale tjenester, uttale seg fritt. Han/hun bør likevel unngå å uttale seg innenfor eget tjenesteområde, og bør i sine uttalelser ikke krenke lojalitetsplikten.»

Det synes ikke å være grunnlag for å oppstille en så generell regel om den tilsattes ytringer om eget arbeidsområde, og den er i dårlig samsvar med pressereglementets formål, som kommunen viser til. Som nevnt ovenfor er det eksplisitt nevnt i NOU 1999: 27 at hensynet til allmennheten nettopp tilsier at fagpersoner får delta i ordskiftet. Videre er det i St.meld. nr. 26 (2003-2004) på side 109-110 påpekt at «arbeidsgivere må tåle et visst nivå av offentlig kritikk fra egne ansatte» og «lære seg toleranse for uenighet og kritikk». Jeg påpeker at det også kan være av det gode for kommunen. På side 108 i stortingsmeldingen pekes det bl.a. på at uttalelser fra underordnede undertiden kan bidra til at viktige fakta kommer på bordet, og sågar til at ledelsen får «relevant styringsinformasjon» som ellers ikke ville komme frem. Særlig i saker som har stor allmenn interesse kan underordnede derfor ha rettslig adgang til å gå imot kommunens syn i media - også på egne fagområder. Sitatene ovenfor fra presse- og arbeidsreglementene etterlater tvil om de ansatte i Y kommune har tilstrekkelig frihet i så måte. En passus om at ytringsfriheten må avveies mot lojalitetsplikten gir imidlertid ikke grunn til merknader fra min side.

Reglementene må videre ikke formuleres slik at de kan gi inntrykk av at de ansatte kun kan uttale seg som privatpersoner, og ikke som arbeidstakere, jf. det jeg har sagt under punkt 2.

I arbeidsreglementets § 16 heter det også at arbeidstakeren generelt skal «være meget tilbakeholden med å kommentere eller bruke media i forhold som berører egne interesser som arbeidstaker». Jeg kan ikke se at kommunen har utdypet hva som ligger i dette, og for meg fremstår setningen som uklar. Dersom setningen skal forstås slik at arbeidstakerne

er avskåret fra å uttale seg offentlig om lønn, arbeidsmiljø, arbeidsoppgaver, omorganiseringer med videre, synes den å gå lenger enn det er rettslig adgang til, jf. punkt 1. Dette er ikke i strid med retningslinjer om at forhold om mulig bør tas opp internt først, herunder gjennom tillitsvalgte.

#### 4. Avsluttende merknader

Kommunen sier i brevet hit at det kan være grunn til å gjennomgå pressereglementet. Jeg ber om at gjennomgangen skjer i lys av mine synspunkter ovenfor, og at det vurderes om det er behov for en tilsvarende gjennomgang av arbeidsreglementets § 16. Kommunen bes om å oversende reglementene etter gjennomgangen.

Videre anmoder jeg kommunen om å se hen til det jeg har fremholdt ovenfor i liknende enkeltsaker i fremtiden.»

### 32.

#### Advarsel i arbeidsforhold og tilsetting av oppvekstsenterleder

(Sak 2006/1632)

*En rektor fikk skriftlig advarsel i arbeidsforhold fordi han etter kommunens syn ikke lojalt hadde fulgt opp kommunestyrets vedtak om omorganisering av oppvekstsektoren, bl.a. hadde han skrevet kritiske innlegg i lokalavisa. Videre ble han etter ordførers forslag ikke tilbudt en stilling han hadde søkt, til tross for at han var best formelt kvalifisert og hadde lengst tjenestetid.*

*Det var tvilsomt om skriftlig advarsel var en adekvat reaksjon, bl.a. fordi det gikk frem av leserinnleggene og omstendighetene at rektoren skrev som privatperson. Deler av kommunens reglement for uttalelser til media stod i et tvilsomt og uklart forhold til vernet av ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 (2). Tilsettingssaken var ikke tilstrekkelig opplyst, bl.a. skulle klageren vært innkalt til intervju. Ombudsmannen anmodet kommunen om å vurdere om noe kunne gjøres overfor klageren for å bøte på de feil som syntes begått.*

*Kommunen trakk deretter advarselen til rektoren, og pressereglementet ville bli revidert. I tilsettingssaken presiserte ombudsmannen ut fra kommunens svar at innstillende myndighet har plikt til å vurdere alle relevante forhold, ikke bare søkerens formelle kvalifikasjoner.*

En rektor hadde siden 1984 arbeidet innenfor skolesektoren i en kommune. I 2004 vedtok kommunestyret omorganisering av oppvekstsektoren i kommunen. Omorganiseringen var gjenstand for offentlig interesse i kommunen, og en avis skrev artikler og trykket leserinnlegg om «skole-uro» i kommunen. Rektoren hadde innlegg 29. mars og 1. april 2005.

Kommunen ga 11. april 2005 rektoren en skriftlig «advarsel i arbeidsforhold», fordi han gjennom avisartiklene hadde «uttrykt mistillit og kommet med kritikk mot politisk fattede vedtak». Artiklene ble ansett som brudd på kommunens pressereglement. Videre het det i begrunnelsen for advarselen bl.a. at rektoren hadde «unnlatt å følge sine underordnedes uttalte behov for nødvendig og korrekt informasjon om vedtaket og den etterfølgende omorganiseringprosessen».

Sommeren 2006 ble det utlyst stilling som leder ved ett av kommunens tre oppvekstsentra. Tre menn søkte stillingen, og i saksfremlegg til tilsetningsutvalget tilrådte både etaten og personalsjefen at rektoren ble innstilt som nr. 1. Etter forslag fra ordføreren fjernet imidlertid et enstemmig tilsetningsutvalg rektoren fra listen over de som, i prioritert rekkefølge, skulle tilbys stillingen. Han fikk følgelig ikke jobben.

Rektoren tok saken opp med ombudsmannen, som ba kommunen om å gjøre nærmere rede for hvorfor det var nødvendig å gi rektoren den skriftlige advarselen, herunder hvordan hans avisinnlegg skadet eller kunne skade kommunens interesser. I den anledning ble kommunen bedt om å gi sitt syn på hvordan dens «Reglement for uttale til media» står seg i forhold til vernet av yringsfriheten i Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10. Videre ba ombudsmannen kommunen om å begrunne nærmere hvorfor tilsetningsutvalget fjernet rektoren fra listen over de som, i prioritert rekkefølge, skulle tilbys stillingen som leder ved oppvekstsenteret, samt utdype den sammenliknende kvalifikasjonsvurderingen mellom rektoren og den som ble tilsatt.

Kommunen tilkjennega i svarbrevet at pressereglementet kunne oppfattes galt, og at det bl.a. ut fra senere års rettsutvikling ville bli gjennomgått og revidert. Det ble fremholdt at yringsfriheten ikke begrenser kommunens rett til å bestemme hvem som skal uttale seg på vegne av kommunen, og punkt 1 regulerte slike uttalelser. Etter punkt 1 tredje ledd siste punktum var det anledning til å uttale seg som privatperson. Punkt 2 første ledd kunne ifølge kommunen også gjelde ved uttalelser som privatperson, og bestemmelsen ga da ikke annet enn «en beskrivelse av den generelle lojalitetsplikten alle arbeidstakere har». Annet punktum gjaldt uttalelser i egenkap av å være kommuneansatt.

Advarselen til rektoren var en følge av at han ikke lojalt innrettet seg etter utfallet av den åpne omorganiseringprosessen som var gjennomført i kommunen. I stedet for å følge politiske vedtak ga han uttrykk for at han ikke ville respektere avgjørelsene. Ifølge kommunen unnlot rektoren å gi ansatte og foreldre/pårørende ved oppvekstsenteret «nødvendig og korrekt informasjon». Dette var særlig egnet til å skade kommunens interesser fordi god gjennomføring av vedtakene om omorganisering forutsatte lojal oppreden fra lederne, slik at det kunne bli ro. Det

var i denne sammenhengen rektorens leserinnlegg inngikk som en del av begrunnelsen for advarselen. Det ble presisert at advarselen ikke skulle begrense offentlig lokalpolitisk debatt.

Avgjørelsen om å fjerne rektoren fra listen over de som skulle tilbys stillingen som leder ved oppvekstsenteret ble begrunnet slik:

«Ordføreren la ved sitt forslag til innstilling avgjørende vekt på kommunens behov for en leder som kan være synlig og virke samlende og motiverende på en slik måte at kommunens intensjoner bak vedtaket om omorganisering ble fulgt opp på en god måte. Disse kriteriene er tydelig trukket frem i utlysningsteksten, og må således sees på som en del av elementene som må vurderes for å finne frem til om søkerne er skikket til stillingen. Vurderingen er således fullt ut i tråd med de momentene reglementets § 14 fastslår at ansettelsen skal baseres på. («Søkaren sine kvalifikasjoner (teoretisk, praktisk utdanning, og skikkaheit for stillinga.»). Særlig er skikkethetskriteriet viktig for kommunen i forhold til ansettelser i lederstillinger. Det var ordførerens vurdering at dette forholdet ikke hadde blitt vurdert tilstrekkelig ved innstillingen fra administrasjonen. Sagt på en annen måte: Administrasjonen hadde utelukkende vurdert den teoretiske og praktiske utdanningen, og ikke sett på kravene nevnt foran.»

Om vurderingen av rektoren het det bl.a. at kommunen ikke hadde tiltro til at rektoren «så kort tid etter advarselen ville klare å framstå som en samlende leder for de ansatte, der fokus hos de voksne var rettet mot samarbeid og oppgaveløsning i tråd med kommunale planer». Ut fra dette slo ikke egnethetsvurderingen ut til rektorens fordel, selv om han hadde bedre formelle kvalifikasjoner enn de to andre søkerne. Videre ble det vist til at den som ble tilbudt stillingen hadde fått oppvekstsenteret til å fungere godt i den perioden han vikarierte i stillingen.

Klageren påpekte deretter bl.a. at andre først brakte saken inn i avisspaltene, herunder ordføreren. Til tilsetningssaken stilte han spørsmål om på hvilket grunnlag kommunen kunne legge til grunn at Utdanningsforbundet lokalt, etatsadministrasjonen og personalsjefen ikke hadde vurdert skikkethet, kun formelle kvalifikasjoner. Videre fremholdt han at det var kommunen selv, og ikke han, som hadde skapt uroen.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. «Reglement for uttale til media» og advarselen til rektoren

#### 1.1 Rettslig utgangspunkt - Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10

Den alminnelige yringsfriheten er rettslig beskyttet i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Ansattes yringsfrihet er omfattet av dette alminnelige vernet om yringsfriheten, og utgangspunktet er at ansatte har yringsfrihet på lik linje med alle andre, se



Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999: 27 kap. 6.2.4.1.

Ytringsfriheten for offentlig ansatte ble styrket ved grunnlovsendringen som ble vedtatt og trådte i kraft 30. september 2004 (kunngjort 29. oktober 2004). Grensen for ansattes ytringsfrihet følger nå direkte av en tolking av Grunnloven, og det må antas at ansattes ytringsfrihet er utvidet, se Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) punkt 4.1.2 med henvisning til NOU 1999: 27 punkt 6.2.4.1 og St.meld. nr. 26 (2003-2004) punkt 4.11. I sin alminnelighet må Grunnloven § 100 i dag anses for å gi et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK artikkel 10.

Arbeidstakere står imidlertid i en stilling som kan medføre at de må legge bånd på sin ytringsfrihet - innskrenkninger som etter forholdene må godtas etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 (2). Bånd på den ansattes ytringsfrihet må begrunnes og ha rettslig grunnlag i lov, arbeidsavtaler eller i den ulovfestede lojalitetsplikt som gjelder i alle arbeidsforhold.

Lojalitetsplikten er forankret i arbeidsforholdet, og innebærer bl.a. en plikt for den ansatte til å unngå å ytre seg på en illojal måte som skader arbeidsgivers legitime og saklige interesser. Lojalitetsplikten er knyttet til arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten gir imidlertid ingen generell adgang til å regulere eller sanksjonere ansattes ytringer. Arbeidsgivere kan derfor ikke slå ned på ytringer som oppfattes som uønskete, uheldige eller ubehagelige. Uttalelser som ikke er undergitt taushetsplikt, og som i hovedsak gir uttrykk for arbeidstakerens egne oppfatninger, vil det vanligvis være anledning til å komme med.

Forholdet mellom ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikt beror i dag på en bredt sammensatt vurdering av en rekke kryssende hensyn, med Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 som grunnlag, rettesnor og ramme. Praksis viser at de vanskelige avveiningene gjelder ansattes ytringer på egne vegne om forhold som berører eget arbeidsområde eller egen arbeidsplass. Veiledning om hva som ligger i avveiningsnormen etter Grunnloven § 100 andre og tredje ledd er blant annet gitt i de retningslinjene som ble trukket opp av Justisdepartementet i St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 110. Det fremgår at begrensninger i ytringsfriheten som generelt utgangspunkt bare bør gjelde ytringer som påviselig skader, eller påviselig kan skade, arbeidsgivers interesser på en unødvendig måte. Det fremgår videre at bevisbyrden for slik skade som generelt utgangspunkt bør ligge på arbeidsgiver.

Jeg har i flere uttalelser de senere år lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke har adgang til å reagere på en ansatts ytringer, med mindre det foreligger en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiverens legitime og saklige interesser. Dette er en grunnleggende forutsetning for eventuelle reaksjoner fra arbeidsgiver. Det betyr ikke at arbeidsgiver automatisk har rett til

å reagere når slik risiko foreligger. Dersom hensyene bak ytringsfriheten veier tyngre, vil en ytring fra en ansatt kunne være vernet også når arbeidsgivers legitime og saklige interesser kan bli skadelidende. Avveiningen mellom den ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikten til arbeidsgiver må vurderes konkret. Vurderingen vil blant annet bero på hvilket område av arbeidslivet det gjelder, den ansattes stilling og ytringens form.

Som utgangspunkt gjelder ytringsfriheten også forhold som hører inn under arbeidsområdet og som berører forholdet til arbeidsgiveren. Offentlig ansatte har et vidt spillerom - både i form og innhold - for offentlig å gi uttrykk for sin mening, også om forhold på eget arbeidsområde og endog på egen arbeidsplass.

### 1.2 «Reglement for uttale til media»

Jeg legger til grunn kommunens opplysning om at punkt 1 i reglementet først og fremst gjelder hvilke ansatte som kan uttale seg til media på vegne av kommunen. Bestemmelsens tredje ledd lyder:

«Tilsette i X kommune uttaler seg ikkje til media om politiske saker. Dersom tilsette uttaler seg til media som privatpersonar, som representant for lag, organisasjonar e.l., skal dette gå klart fram av utsegna.»

Kommuner og andre arbeidsgivere må ha en nokså vid adgang til å fastsette retningslinjer for hvem som skal uttale seg når det kommer henvendelser fra aviser m.v., for eksempel slik at det da normalt skal henvises til virksomhetsleder, rådmann, pressetalsperson eller lignende. Jeg viser til Justisdepartementets merknad til Grunnloven § 100 annet ledd:

«Bestemmelsen gir ingen rett til å uttale seg på vegne av andre. Dersom en ansatt nektes å uttale seg på vegne av sin arbeidsgiver, er dette ikke en innskrenkning i ytringsfriheten etter annet ledd.» (St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 182)

I ombudsmannens årsmelding for 2002 side 23 formulerte jeg det slik:

«Arbeidsgiver kan for eksempel i betydelig grad bestemme at en ansatt ikke skal ha rett til å uttale seg på vegne av virksomheten, eller at han bare skal kunne uttale seg om bestemte forhold. Uttalelser på institusjonenes vegne kan således begrenses til den som er utpekt som talsmann eller talskvinne. Dette følger av arbeidsgiverens styringsrett.»

Dersom det kun er dette som ligger i reglementets punkt 1 tredje ledd første punktum, slik kommunen fremholder, har jeg følgelig ikke avgjørende rettslige merknader til bestemmelsen. Den er imidlertid så vidt absolutt i sin form, også om den leses i sammenheng med annet punktum, at den kan gi inntrykk av å rekke lenger. Kommunen må undertiden

tåle at ansatte tar til motmæle mot politiske beslutninger i lokalavis eller lignende, også når det er vanskelig å skille skarpt mellom den ansattes rolle som ansatt og privatperson, jf. ovenfor under punkt 1.1. En regel som uten forbehold bestemmer at ansatte «uttalar seg ikkje til media om politiske saker», er derfor upresis og lite dekkende i et reglement om uttalelser til media. Ved kommunens bebudede revisjon av reglementet bør dette tas hensyn til. Punkt 2 i reglementet lyder:

«Den einskilde som uttalar seg til media har ansvar for å vurdere det som blir sagt i høve til at det kan bli brukt både lokalt og nasjonalt. Ei uttale skal vera lojal i høve til kommunen sitt omdøme, og skal basere seg på fakta som ligg føre. Det er ikkje høve til, som tilsett i X kommune, å gi vurderingar av politiske vedtak.»

Kommunen opplyser at punktet i første rekke gjelder uttalelser på vegne av kommunen, men også som privatpersoner. Dette kommer etter mitt syn i liten grad frem i første ledd. Bestemmelsens første ledd annet punktum kan gi inntrykk av at kommuneansatte uten unntak skal være lojale mot kommunens beslutninger, også ved uttalelser som privatpersoner. Dette er ikke forenlig med Grunnloven § 100, jf. St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 109, hvor det bl.a. fremgår at «arbeidsgivere må tåle et visst nivå av offentlig kritikk fra egne ansatte» og «lære seg toleranse for uenighet og kritikk». Jeg påpeker at det også kan være av det gode for kommunen. På side 108 i stortingsmeldingen pekes det bl.a. på at uttalelser fra underordnede undertiden kan bidra til at viktige fakta kommer på bordet, og sågar til at ledelsen får «relevant styringsinformasjon» som ellers ikke ville komme frem. Særlig i saker som har stor allmenn interesse kan underordnede derfor ha rettslig adgang til å gå imot kommunens syn i media.

At en uttalelse «skal basere seg på fakta som ligg føre», jf. reglementet punkt 2 første ledd annet punktum i.f., gir ikke grunn til merknader fra min side. Det er kun «den lojale og sannferdige fremstilling som er beskyttet av Grunnloven § 100», jf. St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 109.

Jeg kan ikke se at kommunen har utdypet hva som ligger i punkt 2 første ledd første punktum, og for meg fremstår henvisningen til bruk av uttalelser «lokalt og nasjonalt» som uklar og unødvendig.

For så vidt gjelder punkt 2 annet ledd, har kommunen vist til at denne delen av bestemmelsen retter seg:

«direkte mot situasjoner der den ansatte uttaler seg i egenskap av å være ansatt. Dette fremgår av bestemmelsens ordlyd: «... som tilsett i X kommune ...»».

Det er uklart om denne delen av bestemmelsen bare gjelder når ansatte uttaler seg i egenskap av å være ansatt i kommunen, dvs. på vegne av kommunen. Bestemmelsens ordlyd kan også forstås som et

generelt forbud mot at ansatte i kommunen offentlig gir vurderinger av politiske vedtak. Kommunens praktisering av reglementet i rektorens sak kan tyde på at kommunen selv har forstått reglementet på denne måten. I den skriftlige advarselen til rektoren 11. april 2005 ble det vist til at rektoren gjennom to avisartikler hadde «uttrykt mistillit og kommet med kritikk mot politisk fattede vedtak», og det ble konkludert med at dette innebar et brudd på kommunens pressereglement.

Kommunen har bebudet at det vil bli foretatt en gjennomgang av pressereglementet slik at det ikke kan stilles spørsmål om reglementet er i strid med den senere tids utvikling på yttingsfrihetens område. Ved denne gjennomgangen ber jeg kommunen ta hensyn til det jeg har uttalt under punkt 1.1 om rettsstillingen på området, i tillegg til merknadene knyttet til de enkelte reglementsbestemmelsene. Jeg ber om å få oversendt kopi av reglementet når det er oppdatert.

### *1.3 Advarselen i arbeidsforhold 11. april 2005 til rektoren*

En del av grunnlaget for advarselen var at rektoren internt i kommunen og overfor ansatte og foreldre ikke skal ha opptrådt lojalt overfor kommunestyrets vedtak i saken om omorganisering av oppvekstsektoren i kommunen. Klageren vedgår selv at han kunne gjort mer for å dempe uroen i kjølvannet av omorganiseringen. Han imøtegår imidlertid at han har «unnlatt å følge sine underordnedes uttalte behov for nødvendig og korrekt informasjon om vedtaket og den etterfølgende omorganiseringsprosessen», jf. begrunnelsen for advarselen tredje avsnitt.

Det er uklart for meg hva som skulle ligge i et uttalt behov for nødvendig og korrekt informasjon fra rektorens underordnede utover det de i alminnelighet kan vente av sin leder. I den grad formuleringen innebærer at det var konkrete holdepunkter for å legge til grunn at klageren bevisst hadde holdt tilbake informasjon eller misinformert om vedtaket i omorganiseringssaken, kan han bebreides for det. Slik saken er opplyst for meg, synes det imidlertid usikkert om det i april 2005 kunne legges til grunn at klageren hadde opptrådt slik. Jeg kan ikke se av dokumentene at lærere eller andre har uttalt at rektoren ikke hadde gitt nødvendig og korrekt informasjon, holdt tilbake viktige opplysninger eller lignende. Videre viser jeg til seks læreres avisinnlegg 29. mars 2005, som i første rekke synes å rette kritikk mot kommuneledelsen, og ikke mot rektoren. Den skriftlige saksbehandlingen her gjør imidlertid dette spørsmålet lite egnet for nærmere undersøkelser herfra, bl.a. fordi det er vanskelig å få belyst hva som kom frem i personalmøtet ved rektorens skole 4. april 2005.

Tre av fem avsnitt i begrunnelsen for advarselen viser til klagerens avisinnlegg, og det fremstår som nokså klart at innleggene var en viktig årsak til advarselen, dog slik at dette må sees i sammenheng

med påstått manglende informasjon om kommunestyrets vedtak.

Rektoren har som rektor en lederstilling i kommunen. Dette skjerper kravene til ham ved ytringer i det offentlige rom om forhold som vedrører kommunen, fordi uttalelser fra ledere lettere oppfattes som kommunens offisielle syn. Slik innleggene 29. mars og 1. april 2005 er formulert, synes imidlertid forvekslingsfaren liten. Rektoren viser til andres synspunkter og forfekter sine egne. Han redegjør for egen opplevelse av forholdene, og innlegget 29. mars 2005 er i hovedsak en gjengivelse av et brev til ham. Videre nytter ikke klageren rektortittelen eller lignende, jf. motsetningsvis saken referert i ombudsmannens årsmelding for 1996 side 45 (sak 95-1271), hvor et innlegg var undertegnet «A, rådmannskontoret, X kommune».

Ut fra det ovennevnte synes rektoren utad å ha fremstått som en som uttalte seg på egne vegne og ikke på vegne av kommunen i henhold til kommunens pressereglement. Han skrev m.a.o. sitt leserinnlegg som privatperson.

Videre var saken allerede i offentlighetens søkelys da rektoren skrev sine innlegg. I en artikkel i avisen 11. mars 2005 tok foreldre ved rektorens skole opp kommunens håndtering av saken, og ordføreren selv svarte på dette i innlegg 22. mars 2005. Begge steder er rektoren nevnt ved navn. I en slik situasjon kan det vanskelig kritiseres at klageren selv kom på banen ut fra de momenter som er trukket frem i St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 110. Kommunen skulle på dette tidspunktet heller brukt «motinnlegg og korrigerende ytringer som viktigste virkemiddel, fremfor arbeidsrettslige tiltak mot den ansatte», jf. l.c.

Det er i denne sammenheng av betydning at rektoren synes å ha forsøkt å nå frem med sine synspunkter internt i kommunen først.

Jeg viser også til at kommunen i liten grad har godtgjort at klagers opptreden og avisinnlegg påførte kommunen påviselige skader utover den uro omorganiseringen allerede hadde skapt.

Samlet gjør de ovennevnte forhold at det er tvilsomt om en skriftlig advarsel var en adekvat reaksjon overfor klageren i april 2005. Jeg vil derfor be kommunen om å vurdere grunnlaget for advarselen på nytt, og eventuelt trekke den.

## 2. Tilsetting av oppvekstsenterleder

### 2.1 Rettslig utgangspunkt - kvalifikasjonsprinsippet

Målet i en tilsettingssak er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering er best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for vurderingen er kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten og eventuelle lov- og avtalefestede krav. Videre vil utdanning, praksis og personlige egenskaper stå sentralt. Hovedhensynet bak kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen rekrutterer den personen som best

kan løse de oppgaver som ligger til stillingen. Beslutningen må dessuten gjøres på en måte som sikrer lik behandling og hindrer at tilsettingsorganet tar utenforliggende hensyn. En forsvarlig saksbehandling er en forutsetning for at tilsettingsvedtaket blir riktig. En ryddig saksbehandlingsprosess er også viktig for at borgerne skal ha tillit til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn ved tilsettingen.

Det fremgår av Hovedtariffavtalen § 2 punkt 2.2 at det i første rekke skal tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen). Kvalifikasjonsprinsippet er også tatt inn i «Tilsetjingsreglement for X kommune» § 14 første ledd punkt 7, som lyder:

«Tilsetjinger vil alltid vera basert på eit visst skjønn, men vurderingane skal alltid byggje på HTA sine fellesbestemmelser § 2.2:

1. Søkaren sine kvalifikasjonar (teoretisk og praktisk utdanning, og skikkaheit for stillinga)
2. Når kvinner er underrepresenterte i stillingsgruppa, for[e]trekkjer vi desse når dei elles står likt med mannlege søkarar.
3. Når søkarar står likt etter vurdering av både pkt. 1 og 2, skal den som har lengst tenestetid i kommunen gå framfor andre søkarar.»

Kommunen skriver selv at rektoren hadde best formelle kvalifikasjoner av de tre søkerne, men at skikkethetsvurderingen ikke slo ut til hans fordel. Det gjør det nødvendig å si noe om kommunens utredningsplikt.

### 2.2 Kommunens utredningsplikt - sakens opplysning og kontradiksjon

Tilsetting i offentlig stilling er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd første punktum. De særlige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV - VI gjelder derfor i tilsettingssaker, men i lovens § 3 er det gjort unntak fra reglene om begrunnelse. Det er ikke gjort unntak fra utredningsplikten i § 17. Ved tilsetting har kommunen derfor plikt til å sørge for at «saken er så godt opplyst som mulig» før vedtak treffes. Intervju av kvalifiserte søkere er sentralt i denne sammenheng.

Det synes utslagsgivende for tilsettingsmyndigheten at den ikke hadde tiltro til at rektoren «så kort tid etter advarselen ville klare å framstå som en samlende leder for de ansatte, der fokus hos de voksne var rettet mot samarbeid og oppgaveløsning i tråd med kommunale planer». Når en antagelse om søkerens holdning til arbeidet gir så stort utslag som her, kan jeg ikke se annet enn at tilsettingsmyndigheten ikke oppfylte sin saksopplysningsplikt når den ikke ga rektoren anledning til å gi sitt syn på dette spørsmålet gjennom intervju - om nødvendig direkte for tilsettingsutvalget. Det er i denne sammenheng også av betydning at det hadde gått over et år siden advarselen. Om mitt syn på grunnlaget for advarselen viser jeg til punkt 1.

Klagerens manglende mulighet til å uttale seg om tilsettingsutvalgets syn på hans egnethet har også en side mot en parts rett til gjøre seg kjent med opplysninger om parten selv, jf. forvaltningsforskriften 15. desember 2006 nr. 1456 § 16 (tidligere forskrift 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning § 3). Utgangspunktet er at søkeren har rett til å gjøre seg kjent med de deler av et dokument som inneholder opplysninger om parten selv - både faktiske opplysninger og vurderinger. For vurderinger er det gjort begrensninger i innsynsretten etter § 16 andre punktum for vurderinger som er gjort eller gitt av bl.a. «tilsettingsorganet eller innstillingsmyndigheten eller noen som forbereder saken for disse eller uttaler seg i egenskap av særlig rådgiver eller sakkyndig for dem» (bokstav a).

Skillet mellom vurderinger og faktiske opplysninger får følgelig betydning for en søkers rett til innsyn. Sondringen er den samme som i forvaltningsloven § 18, og grensen er nærmere omtalt i Ot. prp. nr. 3 (1976-77) side 79:

«Begrepet «faktiske opplysninger» som loven bruker i dag, er meget omfattende. Ikke bare har parten rett til å gjøre seg kjent med spesifikke og presise faktiske opplysninger, som f.eks. arealoppgaver, men også med opplysninger som i høy grad bygger på vurderinger. I en konsesjons-sak vil parten f.eks. ha rett til å gjøre seg kjent med opplysninger om bonitet, rentabilitet og drivverdigheit. Den karakteristikk som gis av en bestemt person, må reknes som faktisk opplysning i hvert fall når den bygger på konkrete hendinger, f.eks. må uttrykk som «drikkfeldig» eller «alkoholmisbruker» reknes til denne kategori.»

I denne saken er det på det rene at flere av karakteristikkene som kommunen har benyttet i sin vurdering av rektorens personlige kvalifikasjoner nødvendigvis bygger på en konkret hendelse, nemlig advarselen 11. april 2005 og omstendighetene omkring den. Tilsettingsutvalgets vurderinger er imidlertid ikke kommet skriftlig til uttrykk før i korrespondansen med ombudsmannen, slik at forvaltningsforskriften § 16 ikke får direkte anvendelse. Saken illustrerer at slike avgjørende karakteristikker bør nedtegnes mens tilsettingsprosessen pågår, slik at kontradiksjonshensynet bak § 16 kan ivaretas.

Videre fremstår det som en mangel ved tilsettingsutvalgets saksbehandling at det la til grunn at etatsadministrasjonen og personalsjefen utelukkende hadde vurdert den teoretiske og praktiske utdanningen, og ikke kravene til egnethet, uten å spørre innstillingsorganene om det var tilfelle. Det er med andre ord spørsmål om avgjørelsen i tilsettingssaken ble truffet på riktig grunnlag.

Jeg viser videre til punkt 3 i kommunens tilsettingsreglement § 14 første ledd punkt 7, hvorav det følger at den med lengst tjenestetid i kommunen skal gå foran når flere søkere står likt for så vidt gjelder teoretisk og praktisk utdanning og skikkethet. Rek-

toren har 15 år lenger tjenestetid enn den som ble tilbudt stillingen - i tillegg til at han hadde de beste formelle kvalifikasjonene. Tilsettingsmyndighetens konklusjon var likevel, i motsetning til innstillingen fra etatsadministrasjonen og personalsjefen, at rektoren var dårligere kvalifisert for stillingen som oppvekstsenterleder enn de to andre søkerne. I et slikt tilfelle må det stilles særlige krav til tilsettingsmyndighetens saksbehandling og vurderinger.

### 2.3 Avsluttende synspunkter på tilsettingssaken

Tilsettingsmyndighetens vurdering av søkerens personlige kvalifikasjoner beror på bevismessige og skjønnsmessige forhold som jeg har begrenset mulighet for å overprøve. Jeg har imidlertid anledning til å uttale meg om tilsettingsmyndighetens avgjørelse i tilfeller der det er holdepunkter for at tilsettingsorganet har lagt vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn, eller der avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Ettersom denne saken ikke var tilstrekkelig opplyst i forhold til rektoren da tilsettingen ble gjort, kan jeg ikke utelukke at tilsettingsmyndigheten la vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn eller traff sin avgjørelse på uriktig grunnlag. Videre er jeg i tvil om tilsettingen var i tråd med kvalifikasjonsprinsippet og kommunens eget tilsettingsreglement.

Tilsettingen er nå gjennomført, og den tilsatte har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min undersøkelse av klagen får derfor ingen konsekvenser for den avgjørelsen tilsettingsmyndigheten har truffet.

Jeg ber likevel kommunen om å innrette behandlingen av fremtidige tilsettingssaker i tråd med lovens regler om utredningsplikt m.v.

### 3. Oppsummering

Samlet gjør de ovennevnte forhold at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd fjerde punktum. Jeg ber derfor kommunen om å oversende «Reglement for uttale til media» når det er revidert, og videre om å vurdere grunnlaget for den skriftlige advarselen 11. april 2005 til rektoren på nytt. Videre vil jeg anmode kommunen om å vurdere om noe kan gjøres overfor rektoren for å bøte på de feil som synes begått i saken om advarselen og i tilsettingssaken. Jeg ber om å bli orientert om hva kommunen gjør i saken.»

Kommunen trakk deretter advarselen til rektoren, og pressereglementet ville bli revidert fordi «rettsutviklingen har gjort at det i dag ikke lengre er godt nok». Det ville ikke bli gjort noe overfor rektoren i anledning tilsettingssaken. Kommunen fremholdt bl.a. at «både fagforening og administrasjon har presi-

sert at de kun forholdt seg til formelle kriterier når de uttalte seg». Til dette sa ombudsmannen:

«Av innstillingen kan jeg ikke se at etatsadministrasjonen og personalsjefen har presisert at deres tilrådinger kun bygget på en vurdering av formelle kriterier. En slik forutsetning synes i alle tilfelle ikke å være i samsvar med innstillende myndighets plikt til å vurdere alle relevante forhold. Kommunen må også se hen til denne siden av problemstillingen i fremtidige tilsettingssaker.»

## **Autorisasjon, driftstilskudd, næringsstøtte**

### **33.**

#### **Autorisasjon som tanntekniker**

(Sak 2006/340)

*En autorisasjonsordning for tannteknikere ble innført ved helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64. A, som hadde praktisert som tanntekniker i en årrekke, fikk avslag på sin søknad om autorisasjon uten en realitetsvurdering av hans kyndighet. Han fylte ikke de ordinære kravene til autorisasjon og kom heller ikke inn under overgangsordningen. Spørsmålet i saken var om han burde få anledning til å godtgjøre sin kyndighet etter helsepersonelloven § 48 tredje ledd bokstav c.*

*Ombudsmannen fant ikke grunn til å kritisere Statens helsepersonellnemnds lovtolkning. Mye talte likevel for at søkeren burde få anledning til å godtgjøre sin kyndighet etter lovbestemmelsen. Nemnda ble bedt om å behandle saken på nytt.*

*Etter en konkret vurdering ble A gitt anledning til å godtgjøre sin kyndighet og fikk til slutt autorisasjon.*

A tok utdanning som tanntekniker i 1978-81, men har ikke tatt svenneprøven. Da autorisasjonsordningen for tannteknikere ble innført, søkte han om autorisasjon etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 48 tredje ledd bokstav c. Bestemmelsen gir den som «på annen måte har godtgjort å ha den nødvendige kyndighet» en rett til autorisasjon etter søknad. Statens autorisasjonskontor for helsepersonell avslo søknaden uten en nærmere vurdering av As kvalifikasjoner.

Etter klage opprettholdt Statens helsepersonellnemnd enstemmig avslaget. Nemnda konstaterte at A ikke fyller vilkårene for autorisasjon i lovens § 48 annet ledd bokstav a fordi han ikke har eksamen fra dagens treårige høyskoleutdanning som tanntekniker. Han ble heller ikke ansett å fylle vilkårene etter overgangsforordningen 21. desember 2000 nr. 1376, som i § 6 knytter retten til autorisasjon til avlagt fag-/svennebrev som tanntekniker. Nemnda mente

dessuten at det «strider mot lovens system og oppbygging om helsepersonelloven § 48 tredje ledd bokstav c skulle gi rett til autorisasjon for de som ikke har bestått den skolegang som skal gi grunnlaget for autorisasjonen».

I klagen til ombudsmannen anførte As advokat at det var en urett at søknaden ble «avvist utelukkende på et formaljuridisk grunnlag, nemlig at han ikke har bestått fagprøve/svenneprøve». Advokaten viste til at A har omfattende relevant yrkeserfaring og at han bl.a. har utøvet yrket selvstendig gjennom eget foretak som tannteknisk frihåndverker fra 1982.

Helsepersonellnemnda ble bedt om å begrunne nærmere sitt syn på tolkningen av helsepersonelloven § 48 tredje ledd bokstav c. I sitt svar uttalte nemnda bl.a.:

«Kjerneområdet for tredje ledd bokstav c er helsepersonell som har utenlandsk eksamen som er mangelfull i forhold til norsk tilsvarende utdanning. Eventuelle mangler i vedkommendes utdanning, kan kompletteres for eksempel ved praksis, kurs eller utdanning. Nemnda har imidlertid tolket tredje ledd c slik at bestemmelsen også vil komme til anvendelse i de tilfeller der det mangler fag i utdanning tatt i Norge, eksempelvis fordi utdanningen er eldre slik at det er stilt andre [krav] til innhold enn etter dagens krav.

I de tilfeller der det mangler fag i norsk utdanning fordi man har strøket, gis det etter nemndas praksis normalt ikke autorisasjon. Nemnda har imidlertid ikke utelukket at det i helt spesielle tilfeller likevel kan gis autorisasjon i slike tilfeller. Det vil undergrave utdanningsinstitusjonenes posisjon og deres syn på at alle de obligatoriske fag som fremgår av læreplanen for den enkelte utdanning, er nødvendige for utøvelsen av yrket. Etter nemndas oppfatning har det neppe vært lovgivers mening at de som stryker til eksamen skal kunne omgå lovens hovedkrav og likevel få autorisasjon på grunn av yrkeserfaring. Klageren i aktuelle sak har ikke bare strøket i et par enkeltfag, men har ikke bestått svenneprøven som er en prøving av hele den praktiske delen av hans skolegang. Foreliggende tilfelle var således ikke et slikt særlig tilfelle som foran nevnt.»

Nemnda viste også til at overgangsforordningen utgjør et særlig grunnlag for autorisasjon basert på den tidligere utdanningen på videregående skoles nivå. Heller ikke i forskriften er det lempet på kravet om at den avsluttende eksamen (svenneprøven) må være avlagt og bestått. Etter det regelverket som gjaldt da A avsluttet sin utdanning, hadde han gjennomført, men ikke bestått skolegang.

As advokat fremholdt at klageren har «lang, varig og variert praksis som tanntekniker», som dekker alle fagområder. Han har både offentlig tannhelsetjeneste og privatpraktiserende tannleger som kunder. Videre anførte han at nemndas argumentasjon «synes å ha lite for seg i det foreliggende tilfelle, hvor det er tale om en utdanning som ligger så vidt langt tilbake i tid».

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Autorisasjonsordningen for tannteknikere ble innført ved helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 48 første ledd bokstav z og trådte i kraft 1. januar 2001. Ordningen innebærer at «tanntekniker» nå er en beskyttet tittel etter lovens § 74. Etter en overgangsordning på 2 år kan tittelen ikke brukes av andre enn av dem som innehar autorisasjon, jf. forskrift om overgangsordning for autorisasjon og lisens til yrkesutøvere i nye regulerte helsepersonellgrupper 21. desember 2000 nr. 1376 § 3. For klagerens vedkommende innebærer dette at han ikke lenger kan kalle seg tanntekniker og at det er begrensninger i hans muligheter til å annonsere sin virksomhet. Dette vil kunne være til ulempe for ham i konkurransen om oppdrag. Han vil imidlertid fortsatt kunne drive sin virksomhet.

Overgangsforskriften trådte i kraft samtidig med loven. Den gir en rekke yrkesutøvere en mulighet til å få autorisasjon basert på utdanning og dels på praktisk erfaring. For tannteknikere er retten til autorisasjon etter overgangsordningen knyttet til «avlagt fag-/svenneprøve», og ikke til yrkeserfaring, jf. § 6 første ledd. I Helse- og omsorgsdepartementets merknader til forskriften § 3 heter det at utdanning av tannteknikere nå er «lagt på høgskolenivå, og vil utgjøre den standard som skal legges til grunn ved søknad om autorisasjon med hjemmel direkte i loven». Forskriften danner «et særlig grunnlag for autorisasjon basert på den tidligere utdanningen på videregående skoles nivå».

A har ikke bestått fag- eller svenneprøve og kan ikke nyttiggjøre seg overgangsforskriften. Han må derfor vurderes etter helsepersonelloven, som i § 48 tredje ledd oppstiller tre alternativer til grunnkravet om blant annet bestått (norsk) eksamen i annet ledd. Bestemmelsen lyder:

- «Rett til autorisasjon etter søknad har også den som:
- har utenlandsk eksamen som anerkjennes som jevn god med tilsvarende norsk eksamen,
  - har utenlandsk eksamen som er anerkjent etter avtale om gjensidig godkjenning etter § 52, eller
  - på annen måte har godtgjort å ha den nødvendige kyndighet.»

Alternativet i bokstav c kan leses som en generell bestemmelse om at realkompetanse («nødvendig kyndighet») er tilstrekkelig. Det er imidlertid tvilsomt, blant annet ut fra lovens oppbygging, om dette var lovgivers mening. I lovforarbeidene, nærmere bestemt i Ot.prp. nr. 13 (1998-99) på s. 242, heter det at tredje ledd «åpner for at det kan gjøres unntak fra kravet om at søker må kunne dokumentere eksamen fra norsk lærested, dersom søkers utenlandske eksamen anses tilfredsstillende, eller vedkommende på annen måte enn ved eksamen godtgjør å ha den nødvendige kyndighet». Videre heter det at før departementet avgjør «om autorisasjon kan gis på bak-

grunn av utenlandsk utdanning, må aktuelle utdanningsinstitusjon ha vurdert utdanningen, jf. universitetsloven § 48». Departementets merknader er knyttet til utenlandsk utdanning, og ikke til søkere med norsk utdanning som er mangelfull. Bestemmelsen må for øvrig sees i lys av reguleringen av autorisasjons- og godkjenningsordninger før helsepersonellovens tid, omtalt i NOU 1993: 33 Helsepersonells rettigheter og plikter. Utredningen er en viktig del av forhistorien til helsepersonelloven.

Helsepersonellnemnda har tolket helsepersonelloven § 48 tredje ledd bokstav c slik at kjerneområdet er helsepersonell «som har utenlandsk eksamen som er mangelfull i forhold til norsk tilsvarende utdanning». Den anses imidlertid også å «komme til anvendelse i de tilfeller der det mangler fag i utdanning tatt i Norge, eksempelvis fordi utdanningen er eldre ...». Jeg har ingen merknader til denne tolkningen som altså åpner for en vurdering av «nødvendig kyndighet» også for søkere som har mangelfull utdanning fra Norge. Tolkningen synes å ha god støtte i forhistorien til lovbestemmelsen.

Etter nemndas oppfatning kan ikke yrkeserfaring erstatte lovens hovedkrav om godkjent utdanning. I klagevedtaket 31. januar 2006 uttaler nemnda at det «strider mot lovens system og oppbygging om helsepersonelloven § 48 tredje ledd bokstav c skulle gi rett til autorisasjon for de som ikke har bestått den skolegang som skal gi grunnlag for autorisasjonen». Argumentasjonen synes å treffe godt for søkere som har høyskoleutdanning etter at autorisasjonsordningen ble innført og utdanningen lagt om. Jeg forstår det slik at det i dag er et skjerpet krav til formell utdanning gjennom et 3-årig høyskoleprogram. For søkere som har eldre utdanning og langvarig praksis, synes argumentasjonen å være mindre treffende.

Nemnda har i svaret hit argumentert med at A ikke bare har strøket «i et par enkeltfag, men har ikke bestått svenneprøven som er en prøving av hele den praktiske delen av hans skolegang». Dette skjedde imidlertid så langt tilbake som i 1981, og årsaken skal ha vært tidsbruken under prøven. A har påpekt at han fikk gode karakterer i alle fag, også i de praktiske fagene som i innhold skal ha tilsvart arbeidsoppgavene under svenneprøven. Etter utdanningen har han hatt en langvarig, variert og selvstendig praksis. I korrespondansen med mitt kontor har advokat ... anført at klageren «har »levert svenneprøven» hver arbeidsdag gjennom 25 år». Praktisk arbeid har vært klagerens levebrød i en årrekke, og han har fremlagt attester som gir ham godt skussmål fra sine oppdragsgivere. Disse innbefatter også ... sjukehus, kjevekirurgisk seksjon. I en slik situasjon synes det svært formelt å avslå en søknad ut fra en mislykket prøve i 1981, i stedet for å gi klageren en mulighet til å godtgjøre sin kyndighet innen faget.

Formålet med helsepersonelloven og autorisasjonsordningen kan stikkordsmessig sies å være knyttet til pasientsikkerhet, kvalitet og tillit til helsepersonell. Formålet tilsier ikke en slik formell retts-

anvendelse som nemnda har utøvet. Spørsmålet i saken er om klageren skal undergis en konkret vurdering av sin kyndighet opp imot den standarden som følger av dagens utdanningskrav. Hensynet til lovens formål bør kunne bli fullt ivaretatt ved denne vurderingen.

Det kan hevdes at søkere i As kategori hadde anledning til å ta svenneprøven i overgangsperioden, og at interessene til denne gruppen er ivaretatt i regelverket. For As vedkommende er det imidlertid på det rene at han flere ganger har forsøkt å ta svenneprøven. I 1984 søkte han, men fikk til svar at han på det tidspunktet ikke hadde lang nok praksis til å bli vurdert. I 1997 gjennomførte han prøven, men resultatet av denne ble etter klage opphevet. Han søkte igjen om å ta prøven i 2001, som da skulle gjennomføres i .... Årsaken var at ... fylkeskommune på det tidspunktet ikke hadde en aktiv prøvenemnd, jf. brev fra fylkeskommunen til A 23. august 2001. En kopi av brevet ble innlevert på mitt kontor i desember 2006. Det er noe uklart hvorfor prøven likevel ikke ble gjennomført. A har forklart at det antagelig skyldtes problemer med å få etablert prøvenemnda, men dette er ikke dokumentert. Han skal ved en tidligere anledning ha fått beskjed fra fylkeskommunen om å skaffe til veie en slik nemnd selv, noe han opplevde som vanskelig, jf. hans klage 16. november 2005. Videre har A opplyst at han var mye plaget med sykdom etter den mislykkede prøven i 1997, og at han var 50 % sykmeldt som følge av leddplager (artrose) og senere 50 % uføretrygdet i perioden 1997/1998 til 2000. Han skal først ha gått tilbake til 100 % stilling i 2005.

Jeg tar ikke stilling til disse opplysningene, som delvis er fremført muntlig og som delvis synes å være nye. Uansett synes det å være flere uheldige omstendigheter som har vanskeliggjort gjennomføringen av en svenneprøve for klageren. I tillegg nevner jeg at lovteksten synes å ha fått en uheldig og alt for generell utforming i forhold til den regelen teksten er ment å gi uttrykk for. Klageren har muntlig anført at lovteksten er villedende og har opplyst at han forsto den aktuelle bestemmelsen bokstavelig, slik at hans realkompetanse ville være avgjørende.

Samlet sett er det etter min oppfatning mye som taler for at klageren bør få anledning til å godtgjøre sin kyndighet innen tannteknikerfaget. En slik mulighet for en prøving av hans «nødvendige kyndighet» vil ligge godt innenfor forsvarlig lovtolkning og lovanvendelse.

Jeg ber om at Statens helsepersonellnemnd behandler saken på nytt i lys av mine merknader.»

Statens helsepersonellnemnd opprettholdt deretter avslaget. A ble imidlertid anbefalt å kontakte Statens autorisasjonskontor for helsepersonell for å få en oversikt over «hvilke tilleggskrav han eventuelt må oppfylle for å oppnå nødvendig kyndighet». Nemnda uttrykte uenighet «i det prinsipielle utgangspunkt Sivilombudsmannen har tatt med hen-

syn til at søkere som har en eldre *ikke bestått* utdanning skal få vurdert om de har den nødvendige kyndighet i autoriserte yrkesgrupper».

A kontaktet Statens autorisasjonskontor for helsepersonell, som igjen kontaktet Høgskolen i Oslo, avdeling for helsefag. I vedtak 10. juli 2007 uttalte kontoret:

«På bakgrunn av HPNs vedtak, og også på bakgrunn av Sivilombudsmannens uttalelse - som har betydelig autoritet, utleder SAFH at De trolig har en rett til å godtgjøre Deres kyndighet innen tannteknikerfaget. SAFH forstår HPNs vedtak slik at SAFH skal oppstille tilleggskrav som må være oppfylt for at nødvendig kyndighet skal kunne dokumenteres. Disse tilleggskravene har vi derfor oppstilt i dette brevets pkt 5.3.3.

Dette standpunktet er ikke ukomplisert. SAFH ønsker derfor å gjennomgå vår lovforståelse, idet den avviker vesentlig fra Sivilombudsmannens lovforståelse. Deres sak er meget spesiell og sammensatt. Av likhets- og rettferdighetsbetraktninger ønsker SAFH å trekke ut de momenter som utgjør de avgjørende momenter i den konkrete helhetsvurdering i Deres spesielle sak. Dette gjør vi fordi dette fremstår som et unntak fra klar lovbestemmelse. SAFH ser det ikke som ønskelig at det skal utvikle seg slike unntak i større grad enn det man i Deres konkrete tilfelle har ansett nødvendig.»

Deretter gjennomgikk autorisasjonskontoret regelverket og konkrete momenter i saken som kunne begrunne en autorisasjon, trass i at kontoret og nemnda krever en bestått helsefaglig eksamen. Tannteknikeryrkets spesielle historikk og muligheten til fortsatt å utøve yrket uten autorisasjon, ble fremhevet som ett moment i saken. Autorisasjonskontoret la til grunn at det ikke lenger er mulig å gjennomføre eksamensformen svenneprøve, noe som ble ansett som en absolutt forutsetning for unntak fra kravet om bestått eksamen. Videre måtte det dokumenteres at det var omstendigheter ved den konkrete eksamen som viste at årsaken til stryk ikke var manglende faglige ferdigheter eller uegnethet som helsepersonell. Dette kravet ble også ansett som oppfylt. Til sist måtte det foretas en «positiv vurdering som dokumenterer faglige ferdigheter og egnethet som helsepersonell». I tillegg til faglige forhold etter gjennomført utdanning i 1981, omfattet vurderingen faglige ferdigheter i dag:

«SAFH legger til grunn at A må dokumentere sine faglige ferdigheter i nåtid, det vil si på vedtakstidspunktet for et eventuelt positivt vedtak om autorisasjon.

Høgskolen i Oslo, avdeling for helsefag, har vurdert As søknad om autorisasjon som tanntekniker. Dagens tannteknikerutdanning er en 3-årig bachelorutdanning på høgskolenivå. Høgskolen i Oslo uttaler 15. mai 2007: «Svennebrevet dokumenterer et minimum av grunnleggende kunnskap og ferdigheter. Denne kunnskapen kan ikke sidestilles med den utdanningen tannteknikere innehar etter endt tannteknikerstudium ved Høgskolen i Oslo. Til det er spesielt den teoretiske

delen av den tidligere videregående utdanning innen tann teknikk og svenneprøven ikke tilstrekkelig.

SAFH slutter seg til denne uttalelsen. Den viser også til det prinsipielle skillet mellom akademisk godkjenning og profesjonsgodkjenning. At Høgskolen ikke kan vurdere søkers faglige bakgrunn, og definere hvilke deler av dagens utdanning som mangler i forhold til dagens utdanning, og som deretter kan danne grunnlag for en kyndighetsprøve, tar SAFH til etterretning. Idet Høgskolen i Oslo er den eneste norske utdanningsinstitusjon som i dag utdanner tannteknikere, innebærer Høgskolens uttalelse at det ikke er mulig å få As kyndighet prøvet ved norsk utdanningsinstitusjon. Skal kyndighet prøves, er derfor SAFH henvist til selv å vurdere søkers kyndighet.

For SAFH sin del er det ikke nødvendig å få en akademisk vurdering av As tannteknikerkompetanse, vårt formål må være å få vurdert forsvarligheten av A sin yrkesutøvelse som tanntekniker slik den fremstår idag.

SAFH vil også i fremtiden basere seg på faglige råd fra Høgskolen i Oslo for å få vurdert autorisasjonssøkere innen tannteknikerfaget. Videre må det være helt klart at det er dagens norske utdanning, slik den til enhver tid fremkommer i fagplaner eller liknende, som danner sammenlikningsgrunnlaget for autorisasjonssøkere med annen utdanning enn dagens norske utdanning. Herværende meget spesielle sak endrer ikke på dette prinsippet.»

A ble etter dette gitt anledning til å «vise sin kyndighet som tanntekniker ved å gjennomføre to selvstendige arbeider» som ble nærmere beskrevet. Etter at arbeidene var gjennomført og godkjent, fikk A autorisasjon som tanntekniker.

### 34.

#### Tildeling av driftstilskudd til fysioterapeut i privat praksis

(Sak 2006/595)

*En kommune tildelte et 75 % driftstilskudd til en fysioterapeut i privat praksis etter innstilling fra eieren av et privat institutt. Etter en separat klage fra A ble vedtaket stadfestet av klagenemnda. En felles klage fra A, B og C ble ikke vurdert av kommunen.*

*Ombudsmannen kom til at tildelingsvedtaket ble fattet på et utilstrekkelig faktisk grunnlag og at innstillingen delvis syntes å være bygget på utenforliggende hensyn. Kommunen foretok ikke en selvstendig sammenlignende vurdering av søkerne, noe som var i strid med kommunehelsetjenesteloven § 4-2. Det var også beklagelig at klagen fra B og C ikke ble vurdert. Kommunen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

*I brev til klagerne beklaget kommunen «den lange saksbehandlingen i denne saken» og tilbød dem en viss økonomisk kompensasjon.*

En kommune utlyste et ledig 75 % driftstilskudd tilknyttet et privat institutt. Kommunen ønsket «perso-

ner med videreutdanning i psykiatrisk og psykosomatisk fysioterapi», men også fysioterapeuter under utdanning var invitert til å søke. Det ble gjennomført intervjuer med fem av søkerne og institutteieren innstilte tre av disse til tilskuddet. Kommunen fulgte innstillingen og tildelte tilskuddet til D. Vedtaket var ikke begrunnet.

A klaget på tildelingen og viste til at D hadde vesentlig mindre erfaring enn ham. I et senere brev sendte dessuten A en «[k]lage/anke på innstilling» sammen med B og C. De mente å ha «vesentlig større kompetanse og erfaring» enn D, som ikke var ferdig utdannet psykomotorisk fysioterapeut, og anførte at stillingen var forfordelt. Kommunen oppfattet ikke brevet som en forvaltningsklage på tildelingen. Klagen fra A ble imidlertid vurdert og tildelingsvedtaket ble stadfestet av kommunens klagenemnd 10. januar 2006.

A, B og C klaget til ombudsmannen i november 2005 på sen saksbehandling i klagesaken. Ombudsmannen påpekte at saksbehandlingstiden var for lang og understreket at kommunen må ha rutiner som sikrer at klagesaker blir behandlet i tråd med forvaltningsloven.

Senere klaget A, B og C hit på «ansettelsesprosessen, prosessen på anken/klagen og endelig fattet vedtak». De var usikre på om klagevedtaket gjaldt i forhold til alle tre og påpekte at vedtaket ikke ga noen avklaring på spørsmålene som de hadde stilt.

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene, ble det herfra besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Kommunen ble bedt om å kommentere en rekke forhold knyttet til saksbehandlingen og vurderingene som var gjort i saken. I kommunens svarbrev het det blant annet:

«1. Det har vært et nært samarbeide mellom institutt og kommunen om denne saken.

Det var kommunen som utarbeidet søkerlisten, og institutteier og kommunens sjefsfysioterapeut ble sammen enige om hvilke fem som skulle intervjues.

Disse to var også tilstede under intervjuene.

Instituttets eier kjente alle søkerne fra opprettelsen [av] instituttet og fra studietiden, bortsett fra B.

Referanser ble ikke kontaktet.

Dessverre kan verken institutteier eller kommunens sjefsfysioterapeut gjøre rede for hvorfor referanser ikke ble kontaktet.

Det var institutteieren som skrev innstillingen.

2. D har vært med på å bygge opp instituttet.

Hun hadde praksisplass hos institutteier fra våren 2004, og i perioden før oppstart av ... var det diverse møter og planlegging med ønske om å starte et senter for ... hovedsakelig psykomotorisk fysioterapi.

D hjalp til med praktisk gjennomføring, oppbygging og istandsetting av instituttet, og i planleggingen viste hun stor faglig innsikt.

På søknadstidspunktet arbeidet D i en 20% stilling ved instituttet.

- - -

3. Kommunen anså det ikke relevant å legge



vekt på at institutteieren ikke hadde noen arbeidserfaring med flere av de andre søkerne.

Det vises til at ASA 4313 i pkt. 2.2 forutsetter at instituttets innstilling skal tillegges stor vekt med mindre særlige grunner foreligger.

Fra kommunens side anså man ikke at slike særlige grunner forelå i dette tilfellet.

4. ...

Da den som fikk stillingen ble ansett kvalifisert for driftstilskuddet, fant kommunen ikke grunn til å fravike institutteierens innstilling.

5. Fra kommunens side ble det foretatt undersøkelser for å sikre at de søkere som ble innkalt til intervju var faglig skikket til å motta driftstilskuddet.

Etter å ha forsikret seg om dette, ble instituttets innstilling lagt til grunn uten videre.

Det ble således ikke foretatt noen selvstendig rangering av søkerne fra kommunens side, en praksis som fra kommunens side anses for å være i samsvar med pkt. 2.2 i ASA 4313.

6. Under saksgangen var det et nært samarbeide mellom institutteier og kommunens sjefsfysioterapeut.

Ut over de regler som følger av kommunehelsestjenestelovens § 4-2, 1. ledd annet punktum, ASA 4313 og veilederen fra Kommunenes Sentralforbund - Aktuelle spørsmål om fysioterapi - mest om privatpraksis, har ikke kommunen utarbeidet egen informasjon eller gitt egne føringer om arbeidsoppgavene og hva som ble forventet fra kommunens side.

Kommunen har således ikke selv utarbeidet generelle retningslinjer for kommunens eller instituttens behandling av slike saker.

7. Brevet av 3. juni 2005 fra B, C og A ble av kommunen betraktet som en beklagelse over feil saksbehandling og ikke som en forvaltningsklage, jfr. siste setning i brevet. Da brevet ble oppfattet på denne måte, fant man det ikke nødvendig å treffe noe avvisningsvedtak eller vurdere å gi oppreisning for fristoversittelse da dette forutsetter at klagen faktisk er en forvaltningsklage.»

A påpekte deretter at klagerne hadde «alle 3 vesentlig mer erfaring fra så vel psykiatri som helsevesenet som sådan», mens D ikke var ferdig utdannet psykomotorisk fysioterapeut og hadde 20 % stilling ved instituttet som en del av utdanningen. Han etterlyste et faglig grunnlag for tildelingen av driftstilskuddet.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

#### «1. Behandlingen av fellesklagen fra A, B og C.

A sendte en separat klage 4. april 2005 og en felles klage/anke 3. juni 2005 sammen med B og C. Fellesbrevet var sendt før As klage var behandlet i kommunen. Brevet var kortfattet og gjaldt «innstilling vedrørende 75 % driftstilskudd ...». I brevet ble det vist til at de tre søkerne er «ferdigutdannede psykomotoriske fysioterapeuter med lang og bred erfaring fra helsevesenet», og at de hadde «vesentlig større kompetanse og erfaring (ref. søknadspapirer) enn vedkommende som ble ansatt». Avslutningsvis ba klagerne kommunen «revurdere praksis i lignende saker», og ba «om en tilbakemelding på ansettelsesprosessen og denne klage/anke».

Etter sin ordlyd måtte brevet oppfattes som en ordinær klage på tildelingen av driftstilskuddet. Jeg har vanskelig for å forstå at kommunen oppfattet brevet «som en beklagelse over feil saksbehandling og ikke som en forvaltningsklage», som det heter i svarbrevet hit. Det var etter mitt syn ikke forsvarlig å anse brevet bare som en beklagelse uten støtte i andre forhold og uten en nærmere avklaring med søkerne om hvordan brevet skulle forstås. Det er opplyst at det ikke har vært annen korrespondanse mellom kommunen og B/C enn klagen og oversendelsen av kopi av kommunens brev til A 31. august 2005, der det heter: «Deres brev er videresendt til kommunens klagenemnd ...». Det fremgår ikke uttrykkelig om oversendelsen gjaldt As separate klage og/eller fellesklagen. B og C har ikke blitt informert om kommunens syn på deres brev og på at klagen ikke er blitt vurdert. De har heller ikke fått noe direkte svar på sin henvendelse.

I saksfremstillingen til klagenemnda heter det at fellesbrevet, betegnet som «klagen», i alle fall er «for sent innkommet i forhold til 3 ukers klagefristen i forvaltningslovens § 29». Det åpnes altså for at brevet likevel (subsidiært) kan vurderes som en klage på tildelingen. Kommunen har ikke truffet et avvisningsvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 annet ledd eller vurdert om det skulle gis oppreisning for oversittning av klagefristen, jf. loven § 31. Hvis klagen skulle forstås som en forvaltningsklage, måtte oppreisning ha blitt vurdert og avvisningsvedtak eventuelt truffet etter forvaltningslovens regler.

Kommunens behandling av fellesklagen fra A, B og C har etter dette vært kritikkverdig. Klagen ble misoppfattet og B og C fikk ikke sin klage vurdert av klagenemnda. De ble heller ikke informert om kommunens syn på klagen og konsekvensen av dette synet.

#### 2. Tildelingen av driftstilskuddet: Vurderingen av B og C.

Det er opplyst at kommunen utlyste driftstilskuddet, som var knyttet til ..., og utarbeidet søkerlisten. Videre er det opplyst at sjefsfysioterapeuten i kommunen samarbeidet tett med institutteieren om utvelgelsen av hvilke søkere som skulle intervjues og at begge var til stede under intervjuene. Institutteieren skrev deretter en innstilling i prioritert rekkefølge «etter en totalvurdering» med D som nr. 1, C som nr. 2 og B som nr. 3. Institutteieren har gitt en nærmere vurdering av de intervjuede kandidatene i et notat datert 2. mai 2005. Jeg er ikke kjent med om vurderingene var kjent for kommunen ved sjefsfysioterapeuten forut for tildelingen 31. mars 2005.

Tildelingsvedtaket er ikke begrunnet og vedtaket synes å være truffet av kommunens sjefsfysioterapeut, som også deltok under intervjuene. Det foreligger derfor ingen saksfremstilling fra en saksbehandler i kommunen til et beslutende organ. Saksfrem-

stillingen til klagenemnda knytter seg bare til klagen fra A. I korrespondansen med mitt kontor har ikke kommunen utdypet nærmere sitt syn på kvalifikasjonene til B og C i forhold til D. Det er opplyst at kommunen under sin behandling forsikret seg om at de som ble innkalt til intervju, var faglig skikket til å motta driftstilskuddet, og at innstillingen deretter ble «lagt til grunn uten videre». Det ble «ikke foretatt noen selvstendig rangering av søkerne fra kommunens side». I en slik situasjon må jeg legge til grunn at institutteierens vurdering av søkerne i notatet 2. mai 2005 også som utgangspunkt gir uttrykk for kommunens syn.

I vurderingen ble særlig personlige egenskaper og egnethet fremhevet til støtte for D. Institutteieren understreket sitt kjennskap til henne «gjennom to år som samarbeidspartner». I tillegg fremhevet hun sterkt at D hadde vært med på å bygge opp instituttet og at hun har «kompetanse og faglig oppdaterte kunnskaper fra akuttpsykiatrisk avdeling ved Sykehuset Telemark». På tildelingstidspunktet hadde hun drøyt 3 års praksis fra sykehuset.

C, som var ferdig utdannet fysioterapeut i 1985, har ifølge notatet «bred behandlingserfaring» og anses for å være svært godt egnet. Hun ble innstilt som nr. 2 fordi institutteieren «ikke har noen direkte arbeidserfaring med søker, ei heller har hun vært med på å bygge opp [instituttet]». Vurderingen av B er svært kortfattet:

«B innehar en del faglige erfaringer, engasjement og kompetanse som vil gjøre henne egnet til å arbeide ved [instituttet]...  
---

Søker gir et godt inntrykk i intervjuet. Undertegnede har ikke møtt søkeren før, og har kun intervjuet og attester å vurdere ut i fra. Hun blir plassert som kandidat nr. tre for stillingen ...»

Det fremgår av søkerlisten at B var ferdig utdannet som fysioterapeut i 1987, med videreutdanning som psykomotorisk fysioterapeut i 2003. Hun har mangeårig erfaring fra ulike arbeidsplasser, blant annet drøyt fire år fra Larvik DPS/psykiatrien i Vestfold, frem til mars 2004. Ingen av disse forholdene nevnes i skrevet fra institutteieren, som altså nøyer seg med å vise til at hun har «en del faglige erfaringer». Den skriftlige vurderingen av kandidatene er ubalansert sett i sammenheng og gir et skjevt inntrykk av søkerens kompetanse. Dette er særlig tydelig i forhold til B. B og C har atskillig lengre og bredere erfaring enn D, som har praksis fra august 2000. Begge hadde avsluttet videreutdanning innen psykomotorisk fysioterapi på tildelingstidspunktet og drev privat praksis innen denne disiplinen på deltid. Dette er ikke berørt i skrevet fra instituttet. Vurderingen etterlater samlet sett et klart inntrykk av at personlig kjennskap og kollegialitet har stått sentralt i saken.

På direkte spørsmål herfra har kommunen opplyst at den ikke anså det som «relevant å legge vekt på at institutteieren ikke hadde noen arbeidserfaring

med flere av de andre søkerne». Dette er jeg enig i. Den skriftlige vurderingen av søkerne må imidlertid forstås slik at institutteieren nettopp har lagt vekt på dette. Trass i at innstillingen synes å være bygget på utenforliggende hensyn, har kommunen valgt å legge innstillingen til grunn uten videre. I brev hit har kommunen vist til at innstillingen etter avtaleverket skal tillegges «stor vekt» med mindre særlige grunner foreligger. Slike grunner ble ikke ansett å foreligge. Det er vanskelig å følge kommunens argumentasjon på dette punktet.

Det kan også stilles spørsmål ved at Ds innsats i å bygge opp instituttet tillegges stor vekt. På spørsmål herfra er det opplyst at hun hadde praksisplass ved instituttet fra våren 2004, så vidt jeg forstår i 20 % stilling, og innehadde 20 % stilling på søknadstidspunktet. Hennes innsats kan være relevant i den grad den belyser hennes faglige skikkethet og personlige kvalifikasjoner. Jeg antar imidlertid at innsats av et slikt omfang som det her er tale om må ha begrenset vekt i en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering med andre godt kvalifiserte søkere. I alle fall må dette være tilfellet i en situasjon der de øvrige kandidaters engasjement og personlige egenskaper ikke har vært tilstrekkelig belyst.

Det er opplyst at referanser ikke ble kontaktet. På direkte spørsmål herfra har ikke kommunen kunnet gi noen forklaring på hvorfor dette ikke ble gjort. Jeg stiller meg uforstående til en slik saksbehandling i et tilfelle der personlige egenskaper er fremhevet så vidt sterkt, og innstillende myndighet og kommunen ikke hadde noen kjennskap til i alle fall en av søkerne som på papiret fremsto som bedre kvalifisert enn D. Når Ds styrke blant annet var personlige egenskaper, måtte det fremstå som vesentlig for kommunen som vedtaksmyndighet å få forsvarlig belyst også de øvrige søkerens kvalifikasjoner på dette området.

Kommunen har etter det opplyste ikke foretatt noen selvstendige undersøkelser av søkerne og har bygget sitt vedtak på innstillingen. Det er etter dette vanskelig å se at saken har vært tilstrekkelig opplyst før kommunen traff sitt tildelingsvedtak. Det hefter flere svakheter ved innstillingen og dermed også kommunens vurdering.

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen er angitt i kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4-2 første ledd, som lyder:

«Hvis en kommune ønsker en ny privatpraktiserende allmennlege, fysioterapeut eller jordmor, skal den kunngjøre at interesserte kan melde seg. Avtale skal inngås med den som er faglig best skikket.»

I annet ledd er departementet gitt hjemmel til å gi nærmere forskrifter. Det er imidlertid ikke gitt forskrifter som regulerer tildeling av driftstilskudd til fysioterapeuter. Dermed er det lovbestemmelsen som vil være styrende for behandlingen og vurderingen av saker om tildeling av driftstilskudd og inngåelse av driftsavtaler. I kravet til avtaleinngåelse med

den som er «faglig best skikket» ligger det en forutsetning om en kvalifikasjonsvurdering av samtlige aktuelle søkere. I forarbeidene til kommunehelsetjenesteloven er det lagt til grunn at slike tildelingsvedtak har likhetstrekk med tilsettingssaker og at det «skal foretas en samlet vurdering hvor utdanning, praksis og erfaring, tidligere virke og nåværende skikkethet m.v. teller med», jf. Ot.prp. nr. 66 (1981-82) side 34 annen spalte. Kravet om faglig best skikkethet er absolutt i den forstand at det ikke er rettslig adgang til å gjøre unntak (dispensere) fra kvalifikasjonsvurderingen.

Kommunen har vist til at avgjørelsen var i tråd med ASA 4313. Mer nøyaktig gjelder henvisningen «Avtale mellom Kommunens sentralforbund og Norske Fysioterapeuters Forbund om drift av privat praksis for fysioterapeuter etter lov om helsetjenesten i kommunene, herunder drift av selskap» (ASA 4313 for perioden 2003 - 2005). I pkt. 2.2 heter det:

«Ved ledighet i avtalehjemmel skal denne utlyses ved samme institutt. Ny praksisinnhaver utpekes av kommunen etter innstilling fra instituttet. Det forutsettes at instituttets innstilling tillegges stor vekt med mindre særlige grunner foreligger.»

Lovens bestemmelser om tildeling til den som er «faglig best skikket» må følges, uavhengig av innholdet i eksisterende avtaler. Skal pkt. 2.2 tredje punktum i avtalen tas på ordet, forutsetter det i det minste at instituttets innstilling er saklig, forsvarlig og lojal i forhold til lovens vilkår. Den må også være basert på et tilstrekkelig faktisk grunnlag og en fyllestgjørende opplysning av søkerens kvalifikasjoner. Dette var ikke situasjonen i denne saken.

Etter dette må jeg konkludere med at kommunen hadde et svakt og utilstrekkelig grunnlag for å vurdere D opp imot C og B, og at det hefter flere svakheter ved vurderingen. Innstillingen ser blant annet ut til delvis å bygge på utenforliggende forhold. Kommunen har anvendt bestemmelsen i ASA 4313 pkt. 2.2 ukritisk, noe som i dette tilfellet er i strid med kommunehelsetjenesteloven § 4-2. Det er ikke tilstrekkelig etter loven å påse at de aktuelle søkerne er kvalifisert. Kommunen må som vedtaksmyndighet selv foreta en forsvarlig *sammenlignende vurdering* av søkerne der alle relevante forhold tas i betraktning. Dette er ikke gjort i denne saken.

### 3. Tildelingen av driftstilskuddet: Vurderingen av A.

Kommunen (klagenemnda) og institutteieren hadde et bedre grunnlag for å vurdere A. Institutteieren hadde kjennskap til ham fra studietiden (videreutdanningen), men ikke gjennom arbeidserfaring. I innstillingen stilte hun seg tvilende til hans evner til å «bygge gode kollegiale relasjoner». Dette er begrunnet nærmere. I saksfremstillingen til klagenemnda vises det til at innstillingen «er foretatt ut fra

hensynet til det fremtidige arbeidsmiljøet ved instituttet og det fremtidige samarbeid mellom utøverne». Jeg forstår dette slik at det i alle fall i noen grad har sammenheng med As personlige egenskaper. I innstillingen ble det også påpekt at det under intervjuet kom «lite frem hva han faglig ønsker å bidra med».

Det fremgår av søkerlisten at A har bedre utdanning (ferdig utdannet psykomotorisk fysioterapeut i 2002) og lengre praksis enn D. Han synes imidlertid å mangle fysioterapipraksis fra psykiatrien. Formelle kvalifikasjoner som utdanning og praksis er viktige, men ikke nødvendigvis avgjørende i slike saker. Under begrepet «faglig ... skikket» kommer også personlige egenskaper av betydning for utøvelsen av yrket. Personlige egenskaper av betydning for samarbeid med kollegaer ved instituttet vil også kunne være relevant. Kjerneområdet for begrepet er imidlertid rent faglige kriterier og egenskaper av direkte betydning for behandling og pasientkontakt, slik som utdanning, dyktighet og erfaringsbakgrunn. Det er derfor lite tilfredsstillende at det i saksfremstillingen til klagenemnda utelukkende er vist til samarbeid og arbeidsmiljø. Det er videre lite tilfredsstillende at det ikke er innhentet referanser for blant annet å få belyst As samarbeidsevner. Kommunens vurdering synes å være basert på institutteierens oppfatning og egne erfaringer hovedsakelig fra en studiesituasjon.

### 4. Avslutning.

Det er en forutsetning for en forsvarlig tildeling av driftstilskudd at kommunen har kjennskap til gjeldende lovgivning på området. Når deler av saksbehandlingen er lagt til en privat part, for eksempel ved at et institutt har innstillingsrett, er det normalt en forutsetning for en forsvarlig behandling at instituttet også er kjent med og underkaster seg lovens krav. Kommunen har et ansvar for å sørge for at dette skjer. X kommune har opplyst at den ikke har utarbeidet egen informasjon eller gitt føringer om arbeidsoppgavene og hva som forventes fra kommunens side. Dette ser jeg som en svakhet, ikke minst fordi kommunen synes å ha som holdning å følge instituttets innstilling.

Etter at ASA 4313 er reforhandlet, er det nå i avtalen for 2006-2008 presisert i pkt. 2.2 at «gjenværende fysioterapeuters uttalelse» (tidligere instituttets innstilling) skal tillegges stor vekt «såfremt det er lagt vekt på saklige kriterier i henhold til kommunehelsetjenesteloven § 4-2». Det er deretter nærmere definert hva som anses som saklige kriterier. Jeg har ikke foranledning til å vurdere de opplistede kriterier, men vil nøye meg med å påpeke at henvisningen til saklighet og til lovbestemmelsen er på sin plass. Jeg har for øvrig merket meg at et utvalg nå skal «se på særskilte problemstillinger innen privat praksis», jf. A-rundskriv nr. 2/2006 fra Kommunenes sentralforbund.

Jeg har tidligere kritisert X kommune for saksbehandlingstiden i klagesaken, se brev herfra 31. mai 2006 (ombudsmannsak 2005/739). Videre har jeg merket meg at kommunen har hatt problemer med å fremskaffe enkelte dokumenter i saken grunnet flytting av arkiv. Samlet sett etterlater min gjennomgang av tildelingen og klagesaken et inntrykk av at kommunen har et stort forbedringspotensial i sin saksbehandling.

Tildelingssaken må behandles på nytt av kommunen, som må vurdere hva som eventuelt skal gjøres for å bøte på den urett som her er begått. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den nye behandlingen.»

I brev til klagerne beklaget kommunen «den lange saksbehandlingen i denne saken» og tilbød dem en viss økonomisk kompensasjon. Saken er fortsatt under behandling.

### 35.

#### **Tildeling av 70 % driftstilskudd for fysioterapi til et selskap**

(Sak 2006/95)

*En kommune ønsket å øke fysioterapitilbudet til sine innbyggere og tildelte et ledig 70 % driftstilskudd til et selskap. Selskapet, som ville etablere seg i kommunen, hadde tilbudt å dele tilskuddet på flere fysioterapeuter. Klagerne hevdet at tildelingen var i strid med kvalifikasjonskravet i kommunehelsetjenesteloven § 4-2 og anførte at det var begått flere feil ved behandlingen av saken.*

*Ombudsmannen påpekte en rekke uheldige sider ved saksbehandlingen. Saksutredningen var til dels utilstrekkelig og misvisende. Formannskapet som klageinstans ble presentert for en feilaktig oppfatning av rekkevidden av kvalifikasjonskravet i loven. Ombudsmannen konkluderte med at tildelingsvedtaket neppe er gyldig.*

X kommune utlyste i september 2004 et ledig 70 % driftstilskudd for fysioterapeut i privat praksis. Hovedutvalget for helse og sosial tildelte 17. november 2004 tilskuddet til et firma som ønsket å etablere seg i kommunen. Selskapet hadde på tildelingstidspunktet ikke foretatt noen tilsetninger. Hovedutvalget forutsatte i sitt vedtak at tilskuddet skulle «deles på 3 fysioterapeuter i 100 % stilling, hvorav en har drift og kompetanse i lymfedrenasje». En slik løsning var foreslått i firmaets søknad.

Vedtaket ble påklaget av A og B, som begge hadde søkt om å få økt sine respektive driftstilskudd med 35 %. De anførte at bestemmelsen i kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4-2 om at avtale skal inngås med «den som er faglig best skikket», var overtrådt. A og B kritiserte også oppsplittingen av tilskuddet og kommunens saksbehandling.

Hovedutvalget ønsket en juridisk vurdering av saken og «en redegjørelse om ikke representantene har krav på å få utsatt en sak når det foreligger en så klar mangel på dokumentasjon». Uttalelser fra en advokat i Kommunenes sentralforbund (KS) ble innhentet. Utvalget opprettholdt deretter tildelingen til firmaet i vedtak 16. februar 2005. Forutsetningen om oppsplitting av tilskuddet og særlig kompetanse i lymfedrenasje ble imidlertid sløffet.

Formannskapet som klageinstans ba rådmannen om å vurdere søkerne i henhold til kravet i kommunehelsetjenesteloven § 4-2 om best faglig skikket. På det tidspunktet hadde kommunen allerede inngått en avtale med selskapet, som hadde utlyst ledige stillinger basert på det tildelte driftstilskuddet. I avtalen var det forutsatt at det skulle være tre tilsatte i selskapet. I et kort internt notat 17. mars 2005 fra fungerende rådmann ble søkerne vurdert «opp mot C, D og E i [firmaet], når det gjelder faglig skikket». C ble ansett å ha best faglig kompetanse av alle søkerne, og for de to andre ble det vist til henholdsvis «spesialutdanning» og «fordypning» i bestemte fagområder. Formannskapet stadfestet deretter tildelingen 21. mars 2005.

Saken ble brakt inn for fylkesmannen for lovlighetskontroll etter kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 59. Fylkesmannen konkluderte med at vedtaket ikke var ugyldig.

A og B mente seg forbigått og viste i klagen hit til kommunehelsetjenesteloven § 4-2. De anførte at kommunen hadde begått en rekke saksbehandlingsfeil knyttet til blant annet mangelfull informasjon om søkerne og manglende tilgang til søkerlisten, manglende underretning om klageadgang og klagefrist og mangelfull saksforberedelse. De hevdet at saksbehandlingsfeilene i kommunens administrasjon «har påvirket hele den videre saksgangen». Videre mente de at kommunen ikke hadde foretatt en reell vurdering av faglig skikket. C, som kommunen i ettertid hadde fremhevet som den best kvalifiserte søkeren, ble ikke innstilt til driftstilskuddet eller innkalt til intervju. På tidspunktet for kommunens vurdering 17. mars 2005 var han ifølge klagerne ikke kontaktet av selskapet eller kommunen og var derfor uvitende om at selskapet «hadde fått hjemmelen pga hans kompetanse». Han ble heller ikke tilsatt i firmaet. De andre søkerne som var fremhevet i notatet, hadde «etterutdanninger som undertegnede også har som en av mange kursrekker». Det ble påpekt at bare en av de som var nevnt i kommunens notat faktisk ble tilsatt i selskapet.

Norsk Fysioterapeutforbund tok også kontakt med ombudsmannen og fremførte blant annet synspunkter på praksisen med oppsplitting av driftstilskudd og tildeling til selskaper.

Kommunen ble i brev herfra stikkordsmessig spurt om ulike versjoner av søkerlisten til driftstilskuddet og listenes nærmere innhold, innsyn i listene, manglende underretning om klageadgang og det faktiske grunnlaget for tildelingen av driftstilskud-

det. Videre ble det stilt spørsmål knyttet til innkallingen til det avgjørende møtet i formannskapet med svært kort frist og selve vurderingen av faglig skikket og kommunens rettsoppfatning. Det ble bedt om nærmere informasjon og dokumentasjon fra kommunens side.

I kommunens svarbrev het det:

«1. Søkerliste - innsyn.

Vanlig praksis i kommunen er at en fullstendig, utvidet søkerliste og alle søknadene ligger tilgjengelig i saksmappen i sekretariatet, for medlemmene i hovedutvalg for helse- og sosial 1 uke før møte. Det var tilfelle også i denne saken. Formannskapetets medlemmer fikk tilsendt utvidet søkerliste sammen med sakspapirene ved behandlingen av klagesaken. Dette er ikke vanlig praksis, men pga av at enkelte politikere ønsket dette, ble dette etterkommet.

På grunn av at 3 av 3 mulige sekretærer var sykemeldt på det tidspunkt som intervjugruppen skulle gjennomføre intervjuene, ble ikke den utvidede søkerlisten skrevet før til hovedutvalgets møte. Dette beklager vi. Det har vi også beklaget tidligere. ...

Når det gjelder føring av utvidet søkeliste blir ikke kurs ført, kun formell utdanning. Det er en helt vanlig praksis i kommunen. Påbegynt utdanning er det rimelig at man tar med da det kan ha betydning.

Det står øverst på søkerlisten at kurs ikke er tatt med. Som tidligere skrevet var alle sekretærene sykemeldt og etatsjefen måtte selv skrive den utvidede søkerlisten. Det var ikke mulig tidsmessig å skrive opp alle kursene som de 48 søkerne hadde selv om det hadde vært ønskelig.

Arsaken til at søkerne fikk den ufullstendige listen kjenner vi ikke. Det må ha vært en feilsending fra kommunen. Dette beklager vi.

---

2. Underretning om klageadgang.

Som beskrevet i saksutredningen ble ikke skjema med klageadgang sendt ut verken til firma som fikk tilbud om hjemmelen eller til de som fikk avslag. Dette var en glipp som vi har beklaget. Dette ble da også vurdert av KS advokatene i forbindelse med evt. erstatningskrav fra [selskapet] og de uttaler at dette ikke er ett absolutt krav i henhold til loven.

3. Sakens opplysninger.

Etter intervjuene var gjennomført, og før innstillingen forelå, konkluderte leder og nestleder av hovedutvalget at de som politikere måtte ha tilbudet til innbyggerne i fokus. Søkerne som hadde avtale med kommunen opplyste i intervjuet at de hadde 2-3 måneders ventetid og selv om de fikk utvidet driftstilskuddet kunne de ikke ta flere pasienter enn de allerede hadde. Innstillingsutvalget besluttet at hjemmelen skulle bestå, som tidligere, som ett selvstendig institutt. Derfor ble [selskapet] innstilt som nr. 1.

---

Intervjugruppen hadde ett formøte hvor alle søknadene ble gjennomgått og hvor de besluttet å innkalle 4 søkere som allerede hadde avtale med kommunen og to som viste interesse og hadde planer for opprettelse av ett institutt.

De som hadde avtale med kommunen ble ikke vurdert kompetansemessig opp mot de øvrige søkerne, men ble innkalt fordi de ikke hadde fulle driftstilskudd.

---

Avtaleverket forutsetter at det kan inngås avtale om driftstilskudd med ett aksjeselskap. Problemet oppstår når aksjeselskapet ennå ikke har tilsatt den/de fysioterapeuter som skal gjøre jobben for aksjeselskapet. ...

I ettertid, og i lys av KS-advokatens vurdering, kan vi se at vi burde vært mer presis i formuleringen, tilsvarende KS-advokatens uttalelse: «for at ikke et aksjeselskap i praksis skal være utelukket fra driftstilskudd er det forsvarlig, som en mellomløsning, å vurdere kompetansen i forhold til de aktuelle kandidater til stilling som fysioterapeut i aksjeselskap.» Disse søkerne skal ikke sammenlignes med de som søkte hjemmelen i kommunen, men innbyrdes. ...

---

På grunn av klagesaken stoppet [selskapet] tilsetningsprosessen frem til endelig vedtak. Den politiske behandlingen av saken var langvarig og endelig vedtak ble først fattet 21.3.2005 dvs. 4 måneder etter at [selskapet] hadde fått vedtak om hjemmelen. Formannskapet ble kjent med at disse ikke var tilsatt, men søkere. At C senere takker nei til tilbudet 6.6.05, endrer ikke vedtaket om tildelingen av hjemmelen til firma ...

4. Kravet til å tildele driftstilskuddet til den som er «faglig best skikket».

... Formannskapet ba rådmannen vurdere kompetansen til søkerne til firma opp i mot kravet i kommunehelselovens § 4-2 for å sikre seg at de var kvalifiserte. Denne vurderingen ble utført av rådmann og leder av hovedutvalget. ...

Når det gjelder begrepet «faglig best skikket» omfatter dette en helhetsvurdering av søkerne. Det er ikke bare utdanning og lang praksis - man må i tillegg ta med vurderinger på bakgrunn av intervju og referanser. Beslutningen er tilslutt en skjønnsmessig vurdering som intervjuutvalget gjør av søkerne.

5. Øvrige forhold.

Formannskapet måtte ha ett ekstraordinært møte i påskeuken fordi rådmannen hadde sagt opp sin stilling. Ordfører bestemte at denne saken også skulle behandles da han mente at de hadde tilstrekkelige opplysninger til å behandle den.

---

Rådmannen vil tilslutt understreke at vi ser at sakens behandling ikke har vært uten uheldige sider. Flere forhold kunne vært gjennomført bedre. Samlet sett mener vi imidlertid det ikke kan påvises saksbehandlingsfeil som tilsier at saken skal revurderes, eller at det ville blitt et annet utfall om saken hadde vært gjennomført prikkfritt.»

Klagerne påpekte at kommunen hadde unnlatt å svare på en rekke spørsmål. Enkelte spørsmål ble gjentatt herfra og kommunen ble bedt om nærmere presiseringer. Svarbrevet hit er delvis gjengitt nedenfor. Klagerne hadde enkelte merknader til dette brevet, og kommunen kom deretter med avsluttende kommentarer.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Saksbehandlingen

#### 1.1 Søkerliste

I tillegg til en offentlig søkerliste datert 1. november 2004, har X kommune utarbeidet en utvidet søkerliste. Denne listen er datert 17. november 2004, dvs. samme dag som det opprinnelige tildelingsvedtaket ble truffet. Dessuten er det laget en annen «utvidet søkerliste», som er datert 7. desember 2004. Listen, som er den klagerne fikk tilsendt, er ufullstendig og inneholder bare enkelte utfyllende opplysninger om et fåtall av søkerne.

På spørsmål herfra har kommunen redegjort for søkerlistene. Redegjørelsen er gjengitt ovenfor. Jeg har merket meg at rådmannen har beklaget at det ikke ble skrevet en utvidet søkerliste tidligere, og at årsaken var sykefravær. Kommunen har imidlertid ikke gitt noen forklaring på den svært ufullstendige listen datert 7. desember 2004. Det etterlater et uryddig inntrykk at det eksisterer to versjoner av utvidet søkerliste. Videre er det lite tilfredsstillende at det for noen søkere er gitt enkelte opplysninger om kurs, mens dette er utelatt for andre søkere. Kommunen har ikke gitt noen begrunnelse for en slik føring, som gir inntrykk av at noen søkere har mer etterutdanning enn andre. Det er også lite tillitvekkende utad, noe som i seg selv er et vesentlig poeng.

#### 1.2 Innsyn

Klagerne ba om innsyn i søkerlisten, og har opplyst at de bare fikk den ufullstendige listen datert 7. desember 2004. Kommunen har beklaget dette. Beklagelsen er på sin plass. Ettersom det foreligger en mer utfyllende søkerliste som er brukt i saksbehandlingen, og kommunen gir partene innsyn, burde kommunen vært nøye med å påse at innsyn ble gitt i riktig dokument.

#### 1.3 Underretning

Partene fikk ikke underretning om adgangen til å påklage tildelingsvedtaket. Kommunen har i ettertid beklaget at ikke «skjema med klageadgang» ble sendt ut. En beklagelse er på sin plass også her. Jeg finner grunn til å presisere at det ikke er et krav i lovverket at et standardskjema skal sendes til partene i en sak der det fattes enkeltvedtak. Kommunen plikter imidlertid i slike saker å gi underretning om klageadgang, klagefrist, klageorgan, den nærmere fremgangsmåte ved klage og retten til å se sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 27 tredje ledd.

#### 1.4 Konsekvenser av manglende underretning

Jeg er ikke kjent med om manglende underretning skyldtes en ren glipp eller at kommunen på det da-

værende tidspunkt ikke var kjent med at tildelingsvedtak regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven med klageadgang for partene. Jeg har imidlertid merket meg at kommunen informerte [selskapet] om vedtaket i brev 25. november 2004 og vedla en avtaletext for en selskapsavtale med kort akseptfrist. Det er ikke opplyst i brevet om partenes mulighet for å klage og det er ikke tatt forbehold verken i brevet eller i avtaledokumentet om at vedtaket kan bli omgjort av klageinstansen. Dette kan tyde på at kommunen ikke har vært kjent med klageadgangen.

[Selskapet] innrettet seg etter vedtaket og den inngåtte avtalen og varslet under klagebehandlingen om søksmål hvis avtalen ikke ble innfridd. Ved ikke å ta forbehold overfor firmaet, synes kommunen i praksis å ha innskrenket sin handlefrihet ved den senere behandlingen av saken. Til illustrasjon har rådmannen i et internt notat til hovedutvalget 11. februar 2005 opplyst at firmaet «har innrettet seg i henhold til vedtaket. I henhold til forvaltningslovens regler om klage skal det etter dette vektige grunner til [for] å omgjøre vedtaket [til] ugunst for [selskapet]».

Jeg gjør oppmerksom på at klageinstansen etter forvaltningsloven § 34 står fritt til å endre underinstansens vedtak. Rådmannens formulering i notatet kan etterlate inntrykk av at hovedutvalget og formannskapet har hatt begrenset myndighet i saken (krav om «vektige grunner»), noe som altså er uriktig. Notatet sår med andre ord tvil om de besluttede organer har hatt en riktig oppfatning om eget handlingsrom ved behandlingen av klagesaken, noe som er svært uheldig.

#### 1.5 Sakens opplysning vedrørende [selskapet]

Formannskapet besluttet enstemmig i møte 9. mars 2005 å utsette klagesaken. Rådmannen ble bedt om å «vurdere søkerne i henhold til kravet [i] kommunehelselovens § 4-2 om best faglig skikkethet». Fungende rådmann utarbeidet deretter et notat 17. mars 2005. I notatet heter det:

«Rådmannen, helse- og sosialsjef og leder av Hovedutvalget for helse og sosial ... har på nytt gått igjennom alle søknadene. Søkerne er vurdert opp mot C, D og E i [selskapet], når det gjelder faglig skikkethet, jf. kommunehelsetjenesteloven § 4-2.

Konklusjonen er at ingen av de øvrige søkerne kan konkurrere med C når det gjelder faglig kompetanse ...

D har spesialutdanning innen lymfedrenasje og E har fordypning innen S-E-T behandling og rehabilitering av mennesker med ervervet hjerneskade ...

CV tilhørende alle søkerne ligger i saksmappen og er tilgjengelig for formannskapets medlemmer.»

Etter denne gjennomgangen stadfestet formannskapet tildelingen.

Etter sin ordlyd og henvisningen til en tidligere gjennomgang av søknadene («på nytt gått igjennom alle søknadene ...»), må notatet forstås slik at det gjelder en vurdering av alle søkerne til kommunens utlyste driftstilskudd. C fremheves som best kvalifisert av samtlige søkere. Han ble imidlertid verken innkalt til intervju eller innstilt til driftstilskuddet i første omgang, noe som nettopp tyder på at han ikke ble vurdert som best kvalifisert. Kommunen har ikke gitt noen god forklaring på dette. Det er heller ikke foretatt en sammenlignende vurdering av faglig skikkethet for de to andre navngitte fysioterapeutene, slik formannskapet ba om. Ut fra søkerlisten er det for øvrig vanskelig å se at disse skulle være bedre kvalifisert enn flere av de andre søkerne med lang praksis. Det er vanskelig å se spor av at «[f]aglig skikkethet ble grundig vurdert i ankesaken», slik kommunen hevder i sitt brev hit 30. juni 2006.

I brev til mitt kontor 27. april 2006 har kommunen opplyst at formannskapet «ba rådmannen vurdere kompetansen til søkerne til firma opp i mot kravet i kommunehelseslovens § 4-2 for å sikre seg at de var kvalifiserte» (min utheving). Denne formuleringen tyder på at hensikten med notatet bare var å vurdere søkerne til stillingen(e) utlyst av [selskapet] opp mot hverandre, og ikke samtlige søkere til kommunens utlyste driftstilskudd. Dette harmonerer med administrasjonens prinsipielle syn i sine brev hit, se nedenfor. Formuleringen i korrespondansen med mitt kontor har etter dette skapt usikkerhet med hensyn til hva kommunen egentlig har vurdert i saken.

Ut fra ordlyden i notatet synes de tre fysioterapeutene å være tilsatt i, eller i det minste knyttet til, [selskapet], jf. formuleringen «C, D og E i [selskapet]» (min utheving). Det er i ettertid opplyst at de var innstilt av firmaet på vurderingstidspunktet, men det skal etter det jeg forstår ikke ha foreligget noe konkret tilbud om tilsetning eller lignende. Først i juni måned samme år skal C ha blitt gjort kjent med innstillingen og tilbudt en stilling. Bare en av de tre nevnte fysioterapeutene ble til slutt tilsatt i firmaet. Formuleringen i notatet er på dette punktet klart misvisende. Kommunens administrasjon har for øvrig brukt en lignende formulering i saksfremstillingen til formannskapet i den etterfølgende saken om lovlighetskontroll (sak 43/05). Det ble der opplyst at kommunen «innhentet opplysninger om kompetanse og kvalifikasjoner for «de ansatte ved [selskapet]» (min utheving), med klar referanse til notatet.

Det er uheldig at formannskapet har fått ufullstendig og dels misvisende skriftlig informasjon om søkerne kvalifikasjoner og tilknytningsforhold til firmaet. På direkte spørsmål herfra har rådmannen opplyst at formannskapet «ble kjent med» at de navngitte fysioterapeutene ikke var tilsatt, men bare søkere til stillingen(e). Han har ikke redegjort for hvordan dette ble formidlet til formannskapet og jeg har ingen informasjon om hva som foregikk på formannskapets møte 21. mars 2005. Uansett er det vanskelig å se at formannskapet hadde et tilstrekke-

lig faktisk grunnlag for å treffe klagevedtaket. Det rettslige grunnlaget er omtalt under punkt 2 nedenfor.

### 1.6 Møteinnkalling og kunngjøring

De besluttede organer i kommunen har hatt en rekke møter om saken, som åpenbart har vært vanskelig å håndtere. Hovedutvalget behandlet klagesaken 16. februar 2005 etter en juridisk vurdering fra en advokat i KS (se nærmere nedenfor). Formannskapet som klageinstans utsatte som nevnt behandlingen av saken 9. mars 2005. Møteinnkalling ble utarbeidet fredag 18. mars 2005, og saken kom på nytt opp i formannskapet mandag 21. mars 2005. Dette var i påskeuka. Klagerne har i brev hit 12. januar 2006 opplyst at møteinnkallingen ikke ble «offentliggjort i rådhuset slik det pleier, så vi som fulgte saken mistet dette viktige møtet». På spørsmål herfra har kommunen opplyst at ordføreren ønsket saken behandlet på dette ekstraordinære møtet fordi rådmannen hadde sagt opp sin stilling.

Etter kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 32 nr. 2 skal innkalling til møter i folkevalgte organer «sendes organets medlemmer med høvelig varsel». Ifølge lovens forarbeider bør innkallingen normalt være medlemmene i hende senest fire-fem dager i forveien. Møter som holdes for åpne dører skal «gjøres kjent på hensiktsmessig måte». Hensikten er å gi borgerne mulighet til å være til stede under møtet. Kunngjøringen skal gi borgerne kunnskap om når og hvor møtene skal holdes og om dagsorden, uten at dette krever særlige anstrengelser fra deres side.

Jeg er ikke kjent med om og eventuelt på hvilken måte kommunen kunngjorde det ekstraordinære formannskapsmøtet og fullstendig dagsorden til dette møtet. Uansett er det vanskelig å se at kommunelovens regler ble fulgt slik de burde. Møtet ble holdt i påskeuka, og saksbehandlingen hadde vært skjemet av mange uregelmessigheter. Det måtte da fremstå som særlig viktig at saksbehandlingen var grundig og korrekt på dette avgjørende møtet blant annet ut fra borgernes og særlig partenes tillit til kommunen. Saken synes imidlertid å ha blitt behandlet slik at partene i praksis ble utelukket fra å delta på møtet.

Jeg har for øvrig merket meg at to av formannskapets medlemmer ønsket møtet utsatt, men ble nedstemt.

## 2. Tildelingen av driftstilskuddet til [selskapet]

### 2.1. Lovtolkning

Kommunehelsetjenesteloven § 4-2 lyder:

«Hvis en kommune ønsker en ny privatpraktiserende almenlege, fysioterapeut eller jordmor, skal den kunngjøre at interesserte kan melde seg. Avtale skal inngås med den som er faglig best skikket.»

Det er ikke gitt forskrifter med hjemmel i annet ledd som regulerer tildeling av driftstilskudd til fysioterapeuter. Det er dermed lovbestemmelsen som vil være styrende for behandlingen og vurderingen av saker om tildeling av driftstilskudd og inngåelse av driftsavtaler. I kravet til avtaleinngåelse med den som er «faglig best skikket» ligger det en forutsetning om en kvalifikasjonsvurdering av samtlige aktuelle søkere. I forarbeidene til kommunehelsetjenesteloven er det lagt til grunn at slike tildelingsvedtak har likhetstrekk med tilsettingssaker og at det «skal foretas en samlet vurdering hvor utdanning, praksis og erfaring, tidligere virke og nåværende skikkethet m.v. teller med», jf. Ot.prp. nr. 66 (1981-82) side 34 annen spalte. Kravet om faglig best skikkethet er absolutt i den forstand at det ikke er rettslig adgang til å gjøre unntak (dispensere) fra kvalifikasjonsvurderingen.

Administrasjonen i X kommune har både i sine interne saksdokumenter og overfor mitt kontor gitt til kjenne at kvalifikasjonsprinsippet ikke gjelder i konkurransen mellom et søkerselskap og individuelle søkere. I saksfremstillingen til formannskapetets møte 9. mars 2005 heter det:

«Når det gjelder bestemmelsene i kommunehelseteloven vedrørende tildeling er ikke dette forholdet relevant når det gjelder tildeling av driftstilskudd til selskap.»

Kommunens første svarbrev hit er omtalt og delvis sitert ovenfor. I etterfølgende brev 30. juni 2006 skriver kommunen at lovbestemmelsen kan «vanskelig komme til anvendelse» i situasjoner hvor det inngås avtale med et aksjeselskap som ikke har tilsett fysioterapeuter. Deretter heter det:

«KS-advokaten uttalte: *«for at ikke et aksjeselskap i praksis skal være utelukket fra driftstilskudd er det forsvarlig, som en mellomløsning, å vurdere kompetansen i forhold til de aktuelle kandidater til stilling som fysioterapeut i aksjeselskap.»* Advokaten sier her «i aksjeselskapet» det betyr at disse søkerne ikke skal sammenlignes med søkere som hadde søkt på hjemmelen i kommunen.

Dette er to helt atskilte prosesser og som ikke skal blandes sammen.»

Kommunen har her tatt et uriktig rettslig utgangspunkt. Kommunehelsetjenesteloven forutsetter at avtale inngås med den enkelte utøver, og at kvalifikasjonsprinsippet følges uavhengig av driftsform. I lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 66 (1981-82) s. 34 annen spalte, er det uttrykt slik:

«Hvor leger driver gruppepraksis, eventuelt i selskaps form, kan ikke ny lege få utbetalt driftstilskott uten avtale med kommunen, som må påse at kunngjøring og utvelgelse skjer på foreskrevet måte. Tilsvarende må gjelde for fysioterapeuter.»

Skal avtale inngås med et selskap, må kommu-

nen sørge for at den aktuelle fysioterapeut som skal ha driftstilskuddet knyttet til seg (den tilsatte i selskapet), er best kvalifisert av samtlige søkere til driftstilskuddet. Det gir ingen mening å vurdere den faglige kompetansen til et søkerselskap uten tilsatte eller i det minste uten fysioterapeuter som vil bli tilsett hvis driftsavtale med kommunen kommer i stand. Videre gir det heller ingen mening å vurdere kompetansen til eieren og driveren av selskapet, slik kommunen ser ut til å ha gjort, hvis ikke eieren skal stå for driften og ha driftstilskuddet knyttet til seg. En kvalifikasjonsvurdering basert på en innstilling fra selskapet som ikke en gang er gjort kjent for søkerne selv, er heller ikke holdbar.

Jeg kan for øvrig ikke se at KS-advokaten kan forstås slik kommunen anfører, når uttalelsen leses i sin sammenheng.

Kommunens standpunkt om en atskilt og to-leddet prosess kan innebære en undergraving av det lovfestede kvalifikasjonsprinsippet og fremtvinge en organisasjonsform som er uønsket for den enkelte utøver. Dette vil også kunne åpne for at fysioterapeuter i praksis får mulighet til å kjøpe seg inn i driftsavtaler, særlig der kommunens involvering og kontroll med selskapet er svak. En slik mulighet fremheves som uheldig i lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 66 (1981-82) på s. 34.

## 2.2 Avtaleverket

Kommunen har vist til at avtaleverket forutsetter at det kan inngås avtale om driftstilskudd med et aksjeselskap. Avtaleverket det siktes til er «Avtale mellom Kommunens sentralforbund og Norske Fysioterapeuters Forbund om drift av privat praksis for fysioterapeuter etter lov om helsetjenesten i kommunene, herunder drift av selskap» (ASA 4313 for perioden 2003-2006). ASA pkt. 1.3 åpner for avtaler om driftstilskudd med selskaper der aksjene/eierandelene eies av de utøvende fysioterapeuter i selskapet. Fysioterapeutene blir dermed både eiere og tilsatte og får selskapet som sin arbeidsgiver. Ved ledighet i selskapet, som er noe annet enn første gangs tildeling, foretas tilsetting av selskapet etter innstilling fra kommunen (pkt. 2.3).

Avtalen regulerer andre forhold enn det foreliggende, som er tildeling av et 70 % tilskudd til et aksjeselskap under etablering i kommunen. I avtalen forutsettes det at kommunen har en aktiv rolle ved tilsettingen (ved senere ledighet) i selskapet blant annet for å sikre at kvalifikasjonsprinsippet blir fulgt. Jeg er noe usikker på holdningen til X kommune på dette punktet. I brev hit 27. april 2006 uttaler rådmannen at kommunen «er ingen part i innstillingen eller ansettelser i aksjeselskap, men vi ba likevel om å få se søknadene m/CV på de som var innstilt til stillingen for å vurdere kompetansen til de som var innstilt». I senere brev heter det imidlertid at «vi skal være med på innstilling av nye ansatte. Vi følger her regelverket». I brev herfra er kommunen bedt om å



gi nærmere opplysninger omkring tilsettingsprosessen i [selskapet] og om kommunens rolle og vurderinger. Anmodningen er ikke besvart.

Jeg må på prinsipielt grunnlag understreke at lovens bestemmelser må følges, uansett innholdet i eksisterende avtaler. Kommunen må ha rutiner som sikrer at den best kvalifiserte søkeren blir tildelt tilskuddet, uavhengig av den enkelte fysioterapeuts tilknytning til kommunen. Tildeling til selskaper gir særlige utfordringer og krever at kommunen er seg sitt ansvar bevisst, har gode rutiner og godt kjennskap til reglene på området. Bestemmelsen i ASA 4313 pkt. 2.3 om at selskapet foretar tilsetning kan være problematisk hvis selskapet fraviker kommunens innstilling. Jeg har imidlertid ikke foranledning til å gå nærmere inn på dette i denne saken.

### 2.3 Tildelingsvedtaket

For X kommune var det viktig «å øke kapasiteten av fysioterapitjenesten i kommunen», slik ordlyden i hovedutvalgets tildelingsvedtak 17. november 2004 lyder. Dette understrekes ved at hovedutvalget vedtok at tilskuddet skulle deles på tre fysioterapeuter, som hver skulle arbeide i 100 % stilling. Sistnevnte vilkår ble imidlertid sløffet etter klagen og etter en juridisk vurdering. Likevel synes kommunens behov for økt kapasitet å ha vært avgjørende for hovedutvalget også i klageomgangen.

Det fremgår ikke av klagevedtaket hva formannskapet vektla, ettersom vedtaket ikke er særskilt begrunnet. Begrunnelsen i rådmannens saksfremstilling fremstår i en slik situasjon også som formannskapets begrunnelse. I saksfremstillingen presenteres et syn på rekkevidden av kvalifikasjonskravet i kommunehelsetjenesteloven som er rettslig uholdbart. Det faktiske grunnlaget for vurdering er også mangelfull. Det ble etter mitt syn ikke foretatt en tilfredsstillende sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av søkerne til driftstilskuddet. Som nevnt har saksbehandlingen også vært kritikkverdig på flere punkter og det er usikkert om formannskapet hadde en korrekt forståelse av sitt handlingsrom og sin myndighet som klageorgan.

Klagevedtaket kan etter dette neppe være gyldig. Jeg må imidlertid ta det forbehold at jeg ikke har nærmere kjennskap til hva som foregikk under det avgjørende møtet i formannskapet 21. mars 2005.

Jeg må konkludere med at kommunen har begått urett mot klagerne ved sin behandling og vurdering av klagen på tildelingsvedtaket. Kommunens administrasjon bes om å legge min uttalelse frem for formannskapet for en vurdering av saken.

For ordens skyld vil jeg presisere at jeg ikke har grunnlag for å vurdere hvem som var best faglig skikket til det utlyste driftstilskuddet.»

Formannskapet besluttet blant annet at det skulle utarbeides en ny prosessbeskrivelse for tildeling av driftstilskudd. Dette er gjennomført. Videre besluttet

formannskapet at klagerne skulle få en skriftlig beklagelse fra kommunen og at lovligheten av tildelingsvedtaket skulle vurderes. Klagerne skulle også innrømmes «en kompensasjon i lys av sitt omfattende arbeid som følge av kommunens uryddige tildelingsprosess». Saken er fortsatt under behandling i kommunen.

### 36.

#### Innvilgelse og ettergivelse av lån fra Norges Råfisklag til Norges Fiskarlag

(Sak 2006/293)

*Norges Råfisklag innvilget og etterga senere et lån til Norges Fiskarlag. Norges Kystfiskarlag søkte også Norges Råfisklag om et driftslån uten at det ble innvilget. Norges Kystfiskarlag brakte saken inn for Fiskeri- og kystdepartementet og senere inn for ombudsmannen der det ble stilt spørsmål om Norges Råfisklags ettergivelse av lån til Norges Fiskarlag måtte anses ugyldig.*

*På grunn av den klare tredjemannsinteresse som Norges Fiskarlag representerte, og da ombudsmannen bare kan vurdere forholdet mellom forvaltningen og klageren, begrenset ombudsmannen seg til i denne saken å gjennomføre en undersøkelse, og avstod fra å vurdere nærmere om ettergivelsen av lånet hadde vært ugyldig. Fiskeri- og kystdepartementet ga i undersøkelsen av saken herfra uttrykk for at departementet vurderte innvilgelsen og ettergivelsen av lånet som rent forretningsmessige disposisjoner som var departementet uvedkommende, og stilte også spørsmål om saken falt utenfor ombudsmannens arbeidsområde. Ombudsmannen kom til at det kunne reises spørsmål om rettmessigheten av disposisjonene fra Norges Råfisklag, og om Fiskeri- og kystdepartementet nok i større grad gjennom rådgivning kunne ha fulgt opp sitt ansvar som overordnet forvaltningsmyndighet og som forvalter av råfiskloven. Ombudsmannen anbefalte departementet å vurdere om regelverket for forvaltningen av Norges Råfisklags kapital var godt nok til å ivareta interessene til alle medlemmene av Norges Råfisklag.*

*Fiskeri- og kystdepartementet ba Norges Råfisklag etter dette om å vurdere sitt regelverk for forvaltning av sin kapital på nytt.*

Norges Råfisklag er et av seks godkjente fiskesalgs- lag etter lov om omsetning av råfisk (råfiskloven) 14. desember 1951 nr. 3, og Norges Råfisklag har både direkte og indirekte medlemskap. De fleste medlemmer har indirekte medlemskap gjennom Norges Fiskarlag, Norges Kystfiskarlag, Fiskebåtredernes Forbund eller Norsk Sjømannsforbund. Etter at Høyesterett i den såkalte faglagsdommen (gjengitt i Rt. 1997 side 1210) fastslo at Norges Råfisklag ikke hadde hjemmel i råfiskloven til å innkreve avgift som etter langvarig praksis hadde blitt overført til Norges Fiskarlag, fattet styret i Norges Råfisklag

ved styremøte 29. og 30. april 1997 med 13 mot en stemme, et vedtak om at «[f]rem til faglagenes endelige finansiering er kommet i orden kan laget yte driftslån sikret gjennom gjeldsbrev med utarbeidet nedbetalingsplan. Lånet forrentes i samsvar ved lagets ordinære utlånsrente. Administrasjonen får fullmakt til å forhandle med faglagene innenfor en maksimal ramme på 10 millioner kroner.» Etter dette ble Norges Fiskarlag innvilget et driftslån pålydende 10 millioner kroner. Styret i Norges Råfisklag innvilget etter søknad fra Norges Fiskarlag avdragsfritak og fritak fra rentekapitalisering for ett år av gangen i 1998, 1999, 2000 og 2001. På grunn av den negative økonomiske utviklingen til Norges Fiskarlag, vedtok styret med 12 mot 2 stemmer at «Norges Råfisklags lån til Norges Fiskarlag, nå til rest kr 11. 300. 000,-, avskrives».

I klagen hit fra Kystfiskarlagets advokat ble det anført at ettergivelsen av lånet måtte kjennes ugyldig av to grunner:

- «1. Flertallet av styremedlemmene i Norges Råfisklags styre representerte Norges Fiskarlag og var således *inhabile* til å ettergi lån til nettopp Norges Fiskarlag.
2. Ettergivelsen av lånet er *i strid med Høyesteretts dom av 3.7.97* om at overføring av «faglagsavgift»/støtte til Norges Fiskarlag er ulovlig.»

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere og Fiskeri- og kystdepartementet ble i brev herfra stilt spørsmål tilknyttet Norges Råfisklags innvilgelse av lån og ettergivelse av lån med renter, til sammen kr 11 300 000 til Norges Fiskarlag. Siktemålet var å avklare nærmere om «disse i utgangspunktet privatrettslige disposisjonene fra Norges Råfisklag likevel kan være undergitt forvaltningsrettslige og offentligrettslige skranker der departementet kan ha en overordnet myndighet til å gripe inn. For det første gjelder dette i tilfelle overordnet myndighet i forhold til de konkrete beslutningene av Norges Råfisklag. For det andre gjelder det den mer overordnede kontroll og oppfølging av Norges Råfisklags ledelse og virksomhet i forhold til beslutninger departementet ikke måtte ha myndighet til å gripe inn i.»

Departementet svarte og ga først en oversikt over systemet med lovregulert førstehåndsomsetning av råfisk. Videre orienterte departementet om sin rolle i forhold til salgslagene og håndheving av råfiskloven. Departementet uttalte blant annet i denne sammenheng:

«Departementets rolle i forhold til salgslagene er i stor grad å kontrollere at laget holder seg innenfor rammen av de fullmakter som er gitt i medhold av råfiskloven. Salgslagene kan således ikke organisere førstehåndsomsetningen ut over det som følger av loven. De vedtak og reguleringer som fastsettes av salgslaget må ha hjemmel i råfiskloven. Forvaltningsloven gjelder i forhold til salgslagenes aktiviteter i den grad de utøver

offentlig myndighet. Dette innebærer blant annet at vedtak fattet av laget i mange tilfelle må regnes som enkeltvedtak, og således følge vanlige saksbehandlingsregler. Videre inneholder de generelle bestemmelser som salgslagene fastsetter om omsetningen enkelte regler som er å regne som forskrifter.

---  
 Departementet vil vise til at fiskesalgslagene både utøver offentlig myndighet og driver forretningsvirksomhet. Når salgslagene utøver offentlig myndighet, er de som nevnt ovenfor undergitt forvaltningsrettslige og offentligrettslige skranker, mens deres forretningsvirksomhet rettslig sett er departementet uvedkommende. Fra dette klare utgangspunktet, vil man tidvis bli konfrontert med problemstillinger som må sies å ligge i grenselandet mellom utøving av offentlig myndighet og forretningsvirksomhet. Det avgjørende blir da etter departementets oppfatning om en disposisjon eller et vedtak fattet av salgslaget representerer utøvelse av offentlig myndighet, og det er denne vurderingen som er avgjørende for hvorvidt salgslagenes vedtak er undergitt forvaltningsrettslige eller offentligrettslige skranker. Departementet anser således at dersom en disposisjon blir å karakterisere som forretningsmessig eller privat, så er den heller ikke undergitt forvaltningsrettslige eller offentligrettslige skranker.

---  
 Departementet vil for øvrig bemerke at dersom myndighetene likevel skulle uttalt seg om de materielle sidene ved forretningsmessige vedtak, ville det være uheldig i forhold til salgslagenes forretningsmessige autonomi. Det ville i tillegg bidratt til å svekke skillet mellom salgslagenes utøvelse av offentlig forvaltning og salgslagenes forretningsmessige sider. Videre ville en fort kunne havnet i en situasjon der organisasjonene i fiskerinæringen ved uenighet knyttet til forretningsmessige forhold ville avkreve departementet vurderinger i tilknytning til saker der man ikke kom til enighet. En slik praksis ville ha bidratt til en politisering av de forretningsmessige forhold knyttet til salgslagene som kunne ha bidratt til å svekke førstehåndsomsetningssystemet, og organisasjonene i næringen, hvilket ikke er ønskelig. I tilknytning til denne saken spesielt, ville dette medført at departementet skulle overvåke salgslagenes forvaltning av sin oppsparte kapital. Dette er verken mulig, hensiktsmessig eller ønskelig, ut over de regler som råfiskloven § 3 andre ledd nr 4. og 5 oppstiller.»

Etter dette var det ytterligere korrespondanse i saken der både Fiskeridepartementet og Kystfiskarlagets advokat kom med merknader til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Lånedisposisjonenes karakter

Høyesterett fastsatte i dommen gjengitt i Rt. 1997 side 1210 (faglagsdommen) at Norges Råfisklag ikke kunne overføre direkte til Norges Fiskarlag en del av lagsavgiften. Norges Råfisklag opplyste i brev 6. juli 2006 til Fiskeri- og kystdepartementet at dette førte til at grunnlaget for finansieringen av Norges Fiskarlags drift bortfalt. Videre opplyste Norges Råfisklag

at det var for å ivareta viktige samfunnshensyn at lånet ble gitt slik at det ble lagt til rette for en «fornuftig omstilling» i Norges Fiskarlag, samt at lånets størrelsesorden lå trygt innenfor Norges Råfisklags økonomiske evne. Likefullt, på bakgrunn av de opplysninger som forelå om de økonomiske forhold i Norges Fiskarlag og at Norges Råfisklag ga en kreditt uten sikkerhet ut over det bevis et gjeldsbrev gir, taler dette for at det ble gitt en kreditt av noe ekstraordinær karakter. Lånet bar - særlig ettersom henstand ble gitt - også preg av å være en ensidig bebyrdende disposisjon, noe som materialiserte seg klart da lånet i sin helhet ble ettergitt. Imidlertid har jeg ikke avgjørende holdepunkter for å konstatere at lånet var en tapt fordring eller et rent driftstilskudd uten reell tilbakebetalingsplikt da det ble innvilget. Disposisjonene ved å gi et driftslån, gi henstand og så senere ettergi lånet, kan derfor ikke karakteriseres som et ensidig tilskudd og beslutningene om låneforholdene har heller ikke karakter av myndighetsutøvelse. Imidlertid er jeg kommet til at de i utgangspunktet privatrettslige disposisjonene fra Norges Råfisklag likevel må være undergitt enkelte offentlige rettslige skranker. Jeg har også funnet grunn til å rette noen innsigelser mot disposisjonene ut fra alminnelig sammenslutnings- eller samvirkerett.

## 2. Offentligrettslige skranker

Råfiskloven § 3 siste ledd lyder:

«Salgsorganisasjonen skal kunne oppkreve en avgift ved omsetning i første hånd av all råfisk og produkter deriv av som i medhold av § 2 blir omsatt gjennom eller med godkjenning av organisasjonen, og som omfattes av salgsorganisasjonens virksomhet. Dette gjelder også råfisk som er tilvirket overensstemmende med § 2, fjerde ledd. Avgiften fastsettes av organisasjonens representantskap og godkjennes av departementet. Avgiftsbestemmelsene skal framgå av salgsorganisasjonens vedtekter og forretningsregler.»

Det fremgår av vedtektene til Norges Råfisklag § 17 siste ledd at «[t]il dekning av lagets utgifter innkreves en avgift av brutto salgsværdi for produkter som omfattes av lagets omsetningsordning beregnet med følgende satser: ...» Etter det som fremkommer av sakens dokumenter, synes det som at Norges Råfisklag har hatt en ikke ubetydelig kapitalbase som i hovedsak stammer fra innkrevet avgift. Jeg viser i denne sammenheng til at Norges Råfisklag har opplyst i brev 6. juli 2006 til departementet at lånet til Norges Fiskarlag lå trygt innenfor Norges Råfisklags økonomiske evne og at departementet har opplyst i brev hit 17. august 2006 at salgslagenes «inntekt fra lagsavgiften, ... utgjør det alt vesentligste av lagenes inntekt».

Departementet opplyste videre i samme brev hit at salgslagenes inntekt:

«varierer betydelig fra år til år, avhengig av kvoter, fangstmengde og priser. Salgslagene fastset-

ter ikke avgifter for å gå med overskudd av betydning. Dette fremgår også av salgslagenes regnskaper, som de senere årene viser driftsunderskudd for de fleste. Avkastning fra lagenes kapital gjør imidlertid at de fleste går med et beskjedent overskudd. Overskuddet overføres til fond eller annen egenkapital, og dersom kapitalbasen blir «for stor» i forhold til salgslagetets drift, kan lagsavgiften senkes for å redusere kapitalen til ønsket nivå.

Salgslagenes kapitalbase har flere funksjoner. Den utgjør en buffer i år med underskudd og økes ved overskudd, og bidrar til at lagene slipper alt for hyppige justeringer av lagsavgiften. Kapitalbasen gir i dag grunnlag for sikker drift, ved at dårlige år ikke vil føre til økonomiske problemer for salgslagene. Det gir også grunnlag for et system der fiskerne kan få utbetalt kjøpesum fra salgslaget før de har mottatt tilsvarende fra kjøper. Salgslagene forvalter i tillegg deler av sin kapitalbase gjennom investeringer i obligasjoner, eiendom, aksjer mv. I forhold til virksomhet som salgslagene driver, gjelder imidlertid råfiskloven § 3 andre ledd nr. 4. Utover dette er forvaltningen av denne kapitalbasen departementet uvedkommende, jf ovenfor under pkt 1.»

Departementet skriver videre i samme brev hit:

«En økonomisk disposisjon ved forvaltningen av selskapets kapitalbase er departementet uvedkommende, og er å sammenligne med andre økonomiske investeringer i aksjer mv. Ved slike investeringer er det alltid en risiko for at investeringen ikke gir den avkastning man hadde forutsett. Det har også skjedd med andre investeringer salgslagene har foretatt, enten det gjelder aksjainvesteringer eller annet.»

Jeg kan ikke ubetinget la saken bero med denne orienteringen fra departementet. Høyesterett har i faglagsdommen uttalt at:

«Bestemmelsene [i råfiskloven] angir etter sin ordlyd ingen uttrykkelig begrensning med hensyn til hvilke formål avgift kan pålegges til fordel for. Men den myndighet Råfisklaget er gitt i medhold av loven er at det skal ha eneretten på førstehåndsomsetningen av råfisk. Det er finansiering til fremme av den virksomhet som drives på enerettsområdet, som er begrunnelsen for avgiften. Dette formål må etter alminnelige lov- og tolkningsprinsipper også sette grenser for hva innkommet avgift kan brukes til. Dette vil således innebære en viss innskrenkende tolking i forhold til lovens ordlyd.

---

Det synes klart at loven ikke gir hjemmel for at avgiftsmidler kan brukes til fagorganisasjonsformål generelt, eller til organisasjonenes egen næringsvirksomhet utenfor enerettsområdet. Bruken av midlene må gå til virksomhet som enten direkte knytter seg til førstehåndsomsetningen av fisk, eller som står i rimelig nær sammenheng med fremme av dette formålet. Derimot kan det ikke ha avgjørende betydning om midlene brukes av Råfisklaget eller av Fiskarlaget, idet Råfisklaget må kunne bruke Norges Fiskarlag som instrument for å fremme sitt lovfestede omsetningsmonopol og yte vederlag for dette av avgiftsmidler.»

Lovavdelingen har også uttalt seg om tolkningen av formålet til råfiskloven i brev 14. mai 1990 og 2. april 1993, begge til Fiskeri- og kystdepartementet. Den uttaler at loven ut fra en vurdering av lovens formål ikke gir hjemmel til å kreve inn avgifter som skal brukes som en ren støtteordning til fordel for faglagene. Lovavdelingen legger videre til grunn under henvisning til Eivind Smith, *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo 1979, at «[a]vgiftsvedtaket kan ... ikke primært ta sikte på økonomisk overskudd i lagene, regulering av omsetningsmønsteret eller andre formål som klart faller utenfor å holde omsetningsapparatet i gang. Og forholdsvis store og permanente overskudd må kanskje føre til at avgiftsatsene må settes tilsvarende ned».

Lånet ble gitt av midler som i hovedsak synes å ha vært avkastningen av innkrevet avgift. Dette kan tale for en noe friere adgang til å disponere over midlene enn over direkte innkrevd avgift. Ut fra at overskudd og kapitalbase først og fremst skal være en «buffer» i år med underskudd, og de strenge begrensningene som er gitt for anvendelse av avgiftsmidler ved tolkningen av formålet til råfiskloven blant annet i faglagsdommen, vil Norges Råfisklag likevel neppe stå helt fritt til å disponere avkastningen som rent privatrettslige investeringer. Etter råfiskloven er det ikke hjemmel til å gi medlemmer utbetaling av eventuelt overskudd (en forståelse også departementet har lagt til grunn i brev hit 18. august 2006) og det synes etter lovens ordlyd og formål som om det ikke er tiltenkt at fiskesalgslagene skal gå med overskudd ut over at det må være anledning til å bygge opp en viss kapitalbase til dårlige år. Råfiskloven regulerer derfor heller ikke hvordan en eventuell kapitalbase skal forvaltes. Det er imidlertid i råfiskloven § 3 annet ledd nr. 4 bestemt at «virksomhet som salgsorganisasjonen driver, og som ikke direkte er organisering av førsteomsetningen, skal skje gjennom egne selskaper». Dette er etter det jeg kan se også et uttrykk for klare begrensninger i disponeringen av Norges Råfisklags midler og til hvilke formål investeringene kan foretas. Jeg er enig med departementet i at rent forretningsmessige prinsipper og da også alminnelig samvirkerett må legges til grunn ved forvaltningen av midlene. Imidlertid er det grunn til å sette et spørsmålstegn ved om ikke en noe ekstraordinær disposisjon som i tillegg ensidig tilgodeser en av medlemmene av salgslaget, er i strid med råfiskloven og dens formål.

Ut fra den redegjørelse departementet har gitt under undersøkelsene av saken herfra, legger jeg til grunn at henvisningen i forvaltningsloven § 35 siste ledd i.f. til alminnelige (ulovfestede) forvaltningsrettslige regler om omgjøring ikke kommer til anvendelse på lån- og ettergivelsesdisposisjonene da de i så stor grad er av privatrettslige karakter. For øvrig kan det neppe trekkes så nære bånd mellom lagsmedlemmene som satt i styret i Norges Råfisklag og faglaget de representerte, at prinsippene i forvaltningslovens bestemmelse om inhabilitet i § 6

første ledd bokstav e, knyttet til ubetinget inhabilitet for personer i enkelte ledende selskapsposisjoner kan komme til anvendelse. På bakgrunn av den grense for interessefellskap som bestemmelsen om inhabilitet trekker opp i § 6 første ledd bokstav e), er det også vanskelig å se at forvaltningsloven § 6 annet ledd om «andre særegne forhold» er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet skal være aktuell i denne sammenheng. Ulovfestede krav til å følge forsvarlig saksbehandling eller god forvaltningsskikk kan - basert på de samme faktiske omstendighetene - ikke føre til et annet resultat.

### 3. Alminnelig samvirkerett

Selv om det i alminnelig samvirkerett på tidspunktene da de aktuelle disposisjonene ble foretatt skulle gjelde et krav om habilitet etter mønster i aksjeloven og almennaksjeloven § 6-27 og som nå er foreslått lovfestet i forslag til samvirkelov § 89, jf. Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) Om lov om samvirkeforetak (samvirkelova) side 331 jf. også side 291, så kan det neppe sies at styremedlemmene i Norges Råfisklag måtte regnes som «nærstående» i forhold til faglaget de representerte i styret.

Det er videre i forslag til samvirkelov foreslått en bestemmelse om misbruk av posisjon i foretak i § 90. Av lovforslaget fremkommer det at blant annet styret ikke må gjøre «noe som er skikka til å gi visse medlemmer eller andre ein urimeleg fordel til skade for andre medlemmer eller foretaket.», se Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) side 331. Det er noe usikkert om det gjaldt en tilsvarende regel etter alminnelig samvirkerett på de tidspunktene lånet ble gitt og ettergitt i denne saken. En slik alminnelig regel har, så vidt jeg kan se, sterke reelle hensyn for seg, og en eventuell lovfesting kan kanskje være uttrykk for en kodifisering av gjeldende ulovfestet samvirkerett. På den annen side er situasjonen for samvirkeforetak og for medlemmene (eierne) i samvirkelag nokså spesiell. Norges Fiskarlag - som ble begunstiget ved ettergivelsen av lånet - har ikke vært part i saken under undersøkelsene av den herfra. I denne sammenheng vil jeg derfor ikke uttale meg nærmere eller på en basant måte om spørsmål knyttet til misbruk av posisjon i foretak ut over å peke på at etter at enkelte medlemmer brøt ut av Norges Fiskarlag og dannet Norges Kystfiskarlag, har Norges Råfisklag hatt et særlig ansvar for å ivareta også mindretallet og de medlemmene de representerer. Så fremt fordringen mot Norges Fiskarlag var erholdelig, kan det reises spørsmål om dette har vært tilfellet ved ettergivelsen av lånet til Norges Fiskarlag.

### 4. Departementets ansvar

Vedrørende Fiskeri- og kystdepartementets ansvar for Norges Råfisklags innvilgelse av lån og senere ettergivelse av lån, så legger jeg til grunn at departementet etter råfiskloven ikke er gitt en slik «døm-

mende myndighet» til å med bindende virkning avgjøre om lånet til Fiskarlaget har blitt ettergitt i strid med faglagsdommen og alminnelig samvirkerett, slik departementet også uttaler i brev 14. februar 2005 og som det også er henvist til i brev 17. januar 2006 til Norges Kystfiskarlag.

Departementet skriver i forhold til sin myndighet overfor fiskesalgslagene i brev 17. august 2006 hit:

«I forhold til departementets godkjenning av satsene for lagsavgift, gjelder de ovenfor nevnte rammer om hva lagsavgift skal kunne nyttes til. Ved fastsettelse av lagsavgift, kan departementet ikke godkjenne at f. eks., en prosentdel av avgiften skal kunne nyttes til formål som ligger utenfor de lovpålagte oppgavene. Videre kan departementet ikke godkjenne en lagsavgift som er fastsatt med sikte på å oppnå et overskudd som skal utdeles til medlemsorganisasjonene. Der- som så hadde vært tilfelle, ville departementet ha grepet inn overfor en slik fastsettelse, da den vil- le ha vært i strid med råfiskloven og faglagsdom- men.»

Ettersom departementet skal godkjenne salg- fiskerlagenes vedtekter, se råfiskloven §§ 2 første ledd jf. 3 første ledd og fastsettelse av avgift, jf. § 3 siste ledd, burde departementet i større grad enn det de- partementet selv synes å mene, ha anledning til å kontrollere og rådgi Norges Råfisklag i forhold til de skranker som formålet med råfiskloven og faglags- dommen setter også for avkastningen av avgiftsmid- ler. Det vises videre til at departementet har benyttet anledningen som gis i medhold av råfiskloven § 3 annet ledd nr. 3 til å oppnevne en Statens kontrollør for Norges Råfisklag, og at det fremgår av instruk- sen departementet har gitt for Statens kontrollør § 1 at kontrolløren skal følge lagets virksomhet, påse at den er i samsvar med god forretningsskikk og påse at virksomheten drives innenfor rammene av gjel- dende lov og bestemmelser for øvrig. Ut fra Statens kontrollørs syn og departementets syn på disposisjo- nenes karakter som rent privatrettslige og forret- ningsmessige, er det standpunkt departementet har inntatt forståelig. Med mitt syn på lånets noe ekstra- ordinære karakter, også fra først av, og de særinte- ressene som Norges Kystfiskarlag har i forhold til Norges Fiskarlag på medlemssiden, er min holdning at departementet mer aktivt kunne ha fulgt opp situa- sjonen og spesielt vurdert om regelverket for Norges Råfiskarlag etter lagets vedtekter eller etter råfisklo- ven og alminnelig samvirkerett var godt nok til å ivareta alle medlemmenes interesser knyttet til den viktige samfunnsoppgaven Norges Råfisklag har hatt og har. Etter min mening kan denne saken være en grunn til å gjøre en slik gjennomgang av regelver- ket nå.»

I brev 29. oktober 2007 til Norges Råfisklag, med kopi til ombudsmannen, uttalte Fiskeri- og kystdepartementet at det på bakgrunn av ombuds- mannens uttalelse fant det hensiktsmessig at «Nor- ges Råfisklag vurderer sitt regelverk for forvaltning

av sin kapital.» Videre skrev departementet at det ville «peke på at Norges Råfisklag har en ikke ube- tydlig kapitalbase, og at det derfor kan være hen- siktsmessig å se på om salgslagets egne regler om forvaltningen av denne kapitalen bør presiseres i vedtektene eller forretningsreglene.» Departementet stilte seg også åpen for en dialog med råfisklaget om utformingen av bestemmelsene.

## Utdanning, studiefinansiering

### 37.

#### Studentens adgang til å legge ved begrunnelsen for klagen til de nye sensorene

(Sak 2006/1994)

*En konkret klagesak reiste blant annet det generelle spørsmålet om studenten, ved klage over karakter- fastsetting, kan kreve at begrunnelsen for klagen blir lagt frem for de nye sensorene, jf. universitetsloven 1. april 2005 nr. 15 § 5-3 fjerde ledd.*

*Ombudsmannen sluttet seg til Kunnskapsdepar- tementets syn om at det enkelte lærested selv må kunne velge om studenten skal kunne fremlegge sin begrunnelse for klagen for de nye sensorene. Doku- mentasjonen som følger besvarelsen, må imidlertid ikke bare gi uttrykk for én side av saken. Dersom studentens begrunnelse legges ved klagen, må også de første sensorenes begrunnelse for sensuren frem- legges for de nye sensorene.*

Departementet har ved flere anledninger uttalt at læ- restedene kan velge ordning ved omsensur, med hensyn til om studentens begrunnelse for klagen skal fremlegges for de nye sensorene. På bakgrunn av en konkret klagesak her hvor studenten krevet å få leg- ge ved begrunnelsen, ble det funnet grunn til å ta dette generelle spørsmålet opp med Kunnskapsde- partementet.

Departementet ble bedt om å redegjøre for den rettslige vurderingen av studenters rett til å legge ved begrunnelse for klagen til de nye sensorene. Det ble bedt om en vurdering av universitetsloven § 5-3 fjerde ledd, også i forhold til det som er uttalt på side 78 i Ot.prp. nr. 85 (1993-1994).

Videre ble det bedt opplyst hvorvidt forskrift 16. desember 1977 nr. 15 om unntak fra og særregler om retten til å påklage enkeltvedtak § 4 (nå erstattet av forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltnings- loven, forvaltningslovforskriften, § 32) nødvendig- vis innebærer unntak fra alle reglene om klage i for- valtningsloven 10. februar 1967 kapittel VI. Det ble vist til Bernt, Lov om universiteter og høyskoler (3. utg. 2000), side 200 flg. og Bernt, Universitets- og høyskoleloven av 2005 - med kommentarer side 115, der det fremgår at «klagesensorene skal være kjent med den karakter det klages over, klagers an-

førsler, eventuell begrunnelse fra førstehåndssensorene, samt eventuelle kommentarer fra disse til klagen, se fvl. § 33 fjerde avsnitt første setning».

Departementet ble også bedt om å kommentere hensiktsmessigheten og de rettssikkerhetsmessige sidene ved en ordning der det enkelte lærestedet kan velge enten å sende med opprinnelig karakter og begrunnet klage, eller ikke sende det med. Det ble herfra vist til at dette fører til forskjeller mellom studenter på ulike læresteder, og gjør det vanskeligere for studentene å forutberegne sin rettsstilling.

Departementet svarte at en tolkning av ordlyden i forvaltningslovforskriften § 32 taler for at klage på karakterer i utgangspunktet er unntatt fra alle reglene om klage i forvaltningsloven, men der de særlige klagereglene ikke regulerer et forhold, vil de generelle reglene i forvaltningsloven, samt generelle forvaltningsmessige prinsipper, gjelde. Departementet tolket formuleringen «ny sensur», jf. universitetsloven 12. mai 1995 nr. 22 § 52 fjerde ledd, og nåværende universitetslov § 5-3 fjerde ledd, slik at den nye vurderingen skulle være så lik en vanlig førstegangssensur som mulig, og at de nye sensorene derfor ikke skulle ha tilgang til andre opplysninger enn de første sensorene. Det viste seg imidlertid at tolkningen var i strid med etablert praksis ved en rekke institusjoner, og det ble derfor konkludert med at institusjonene selv kunne velge om de ville sende med opprinnelig karaktervurdering og studentens begrunnede klage eller ikke. Departementet uttalte at det avgjørende vil være at dokumentasjonen som følger besvarelsen, ikke kun gir uttrykk for én side av saken.

Om den rettslige situasjonen uttalte departementet at universitetsloven tildeler institusjonene omfattende fullmakter på en rekke områder. En ordning der det er opp til det enkelte universitet å avgjøre om studentens begrunnelse for klagen skal sendes til sensorene i klageomgangen, åpner for at institusjonen kan vurdere spørsmålet i forhold til sin organisering av vurderingsarbeidet samt forhold knyttet til det spesielle fag eller den enkelte prøves egenart. Det ble vist til at institusjonene gjennom universitetsloven § 3-9 første ledd har et overordnet krav om å ivareta rettssikkerhetshensyn i organiseringen og gjennomføringen av eksamen og sensur.

Departementet bemerket at det kan være uheldig dersom det er uklarhet om hvilke krav loven stiller til universiteter og høyskoler i forhold til dette spørsmålet. Det vil derfor vurdere å gi klarere tolkningsgrunnlag for bestemmelsen i forbindelse med fremtidige lovendringer eller i rundskriv eller lignende.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I forvaltningslovforskriften § 32 er det bestemt at bedømmelse av prøve, eksamen eller andre prestasjoner ved undervisningsinstitusjon bare kan påklages etter de særskilte forskrifter som er eller blir fastsatt. Departementet tolker denne bestemmelsen slik at klage på karakterer i utgangspunktet er unntatt fra alle reglene om klage i forvaltningsloven, men at de generelle reglene i forvaltningsloven, samt generelle forvaltningsrettslige prinsipper, vil gjelde der de særlige klagereglene ikke regulerer et forhold. Jeg er enig i denne tolkningen.

Det følger av universitetsloven § 5-3 fjerde ledd at en student kan «klage skriftlig over karakteren for sine egne prestasjoner innen tre uker etter at eksamensresultat er kunngjort. Ny sensurering skal da foretas.» Verken loven eller forarbeidene gir svar på hvorvidt begrunnelse for klagen skal fremlegges for de nye sensorene. Gode grunner kan tilsi at ordene «ny sensurering» innebærer at klagebehandlingen skal være så lik den første vurderingen av eksamen som mulig. Det er besvarelsen som skal vurderes på nytt, og ikke arbeidet til de første sensorene. Det skulle dermed heller ikke være nødvendig for de nye sensorene å se klagerens begrunnelse for klagen eller de første sensorenes begrunnelse for sensuren. En slik fremgangsmåte vil også forhindre at eventuell lojalitet de nye sensorene måtte ha overfor de første sensorene, får innvirkning på sensuren.

Da den ovennevnte tolkningen var i strid med etablert praksis ved en rekke institusjoner, har imidlertid departementet lagt til grunn at det avgjørende er at dokumentasjonen som følger besvarelsen, ikke bare gir uttrykk for én side av saken. Den enkelte institusjonen kan dermed velge mellom to måter å gjennomføre klagesensur på: Enten så får de nye sensorene tilgang bare til besvarelsen, eller så får de både klagerens begrunnelse for klagen og de første sensorenes begrunnelse for sensuren.

Jeg er enig i at dette må anses for å være i samsvar med universitetsloven § 5-3 fjerde ledd. Ordningen kan riktignok føre til ulik praksis ved de forskjellige institusjonene, men som departementet har vist til, er det tilfelle også for en rekke andre forhold knyttet til eksamen og sensur, jf. her universitetsloven § 3-9 første ledd. Den enkelte institusjon kan velge den ordningen som passer best til det enkelte fag, noe som medfører fleksibilitet. Jeg understreker at det i denne sammenhengen er viktig at det klargjøres overfor studentene hvilke regler som gjelder ved institusjonen. Så lenge dette er gjort, kan jeg ikke se at ulik praksis ved forskjellige institusjoner svekker studentenes rettssikkerhet.

Jeg har merket meg at departementet vil vurdere behovet for en klargjøring av rettstilstanden, enten ved lovendring eller informasjon, noe jeg er enig i at det kan være behov for.»

## 38.

**Saksbehandlingen ved avgjørelse om inhabilitet ved bedømmelse av doktorgradsavhandling**

(Sak 2006/1780)

*Etter at bedømmelseskomiteen hadde godkjent en doktorgradsavhandling, prøveforelesning og disputas, kom styret ved høyskolen til at to av tre medlemmer i komiteen var inhabile, og at det derfor skulle oppnevnes en ny komité.*

*Ombudsmannen kom til at høyskolens rutiner for å sikre en forsvarlig behandling av habilitetsspørsmålet ikke hadde vært tilfredsstillende. Videre kom han til at høyskolen ikke hadde tilstrekkelig hjemmel for å treffe en slik avgjørelse på dette stadiet av saken og at det under enhver omstendighet skulle ha vært sendt forhåndsvarsel til klageren. Ombudsmannen ba om at saken ble vurdert på nytt, og etter fornyet behandling ble klageren kreert til doktor.*

Klageren, A, skrev en avhandling med sikte på graden dr. scient. Avhandlingen ble innlevert til Norges fiskerihøgskole (heretter kalt høyskolen), Universitetet i Tromsø. Høyskolen oppnevnte en bedømmelseskomité (heretter benevnt komiteen), bestående av tre personer; B, C og D. Komiteen godkjente avhandlingen. Deretter godkjente komiteen klagerens prøveforelesning og disputas, som ble holdt i juni 2005.

I forbindelse med at det skulle treffes endelig vedtak av høyskolens styre om kreering av klageren til doktor, ble det fremmet innsigelser mot Bs og Cs habilitet. Bakgrunnen for innsigelsene var at det av avhandlingen fremgikk at det hadde vært tidligere faglig kontakt mellom klageren og disse to komitémedlemmene. Innledningsvis i avhandlingen takket klageren begge, og spesielt C, fordi han hadde lest gjennom og kommentert fire av artiklene som inngikk i avhandlingen. Under introduksjonsavsnittet i avhandlingen var det opplyst at klageren kom i befatning med emnet for denne på begynnelsen av 80-tallet da han arbeidet under veiledning av B.

Høyskolens styre traff 19. oktober 2005 avgjørelse om at det måtte oppnevnes ny bedømmelseskomité. I brev 20. oktober 2005 fra høyskolen til klageren ble det blant annet uttalt følgende:

«I etterkant av at innstillingen, prøveforelesning og disputas er gjennomført, er det reist inhabilitetsinnsigelser fra medlemmer i Høgskolestyrets arbeidsutvalg og Høgskolestyret. Innsigelsene må således anses å være fremsatt av en part i saken.

Innsigelsene begrunnes med at to av komiteens tre medlemmer, B og C, i ulik grad antas å ha bistått deg med utarbeidelsen av den avhandlingen som er grunnlag for innstillingen. Inhabilitetsinnsigelsene har deretter vært nærmere utredet.»

Den nye komiteen, som deretter ble oppnevnt, innstilte på at klagerens avhandling ikke skulle godkjennes.

Klagerens advokat brakte saken inn for ombudsmannen. Han anførte prinsipielt at den opprinnelige komiteens habilitet hadde vært vurdert ved både oppnevningen av komiteen og iverksetting av disputas, at det forelå et bindende enkeltvedtak fra komiteen om godkjenning, og at adgangen til å omgjøre vedtaket derfor var begrenset av reglene i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 35. Subsidiært anførte klageren at høyskolestyrets etterfølgende vurdering av komitémedlemmenes habilitet er beheftet med alvorlige saksbehandlingsfeil som åpenbart har virket inn på avgjørelsen. Videre ble det anført at selve habilitetsvurderingen bygget på uriktig rettsanvendelse.

Høyskolen ga deretter klageren utsettelse med å avgi uttalelse om den nye bedømmelseskomiteens vurdering til saken var ferdig behandlet av ombudsmannen.

I brev herfra til klagerens advokat ble det, etter at høyskolen hadde uttalt seg i brev hit, reist spørsmål om hvorvidt ombudsmannen kunne behandle saken nå. Det ble vist til at ombudsmannen ikke kan behandle en sak før den er endelig avgjort i forvaltningen. Klagerens advokat viste til at spørsmålet om habilitet ikke var et enkeltvedtak som kunne påklages, men en prosessledende avgjørelse, at klageren således ikke hadde mulighet for å påklage avgjørelsen, og at ombudsmannen følgelig burde kunne vurdere habilitetsspørsmålet.

I brev herfra til høyskolen ble det opplyst at ombudsmannen hadde besluttet å behandle klagen, da det ble ansett å foreligge særlig grunn til å ta inhabilitetsspørsmålet opp nå, selv om forvaltningens behandling av spørsmålet om godkjenning av avhandlingen ikke var avsluttet, jf. instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 19. februar 1980 § 5. Videre ble det opplyst at det herfra var funnet grunn til å undersøke saksbehandlingen av inhabilitetsspørsmålet, og stilt spørsmål om partsstilling, saksutredning, forhåndsvarsel og habilitetsvurderingen på de forskjellige trinn av saksbehandlingen. Spørsmålene ble besvart i brev 20. november 2006 fra høyskolen. I de følgende punktene 1-5 gjengis spørsmålene og svarene.

*1. Partsstilling og saksutredning*

Det ble herfra bedt redegjort for hvorfor høyskolestyrets arbeidsutvalg og høyskolestyret måtte anses som part i saken. Videre ble det bedt redegjort for hvilken utredning av inhabilitetsinnsigelsene som hadde funnet sted, herunder opplyst om hvilken vekt høyskolens styre hadde lagt på at komitémedlemmene selv ikke hadde tatt opp spørsmålet om sin egen habilitet. Det ble bedt opplyst om utredningen hadde vært tilstrekkelig til å sikre at saken ble så godt opplyst som mulig før avgjørelsen av habilitetsspørsmålet ble truffet, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 17 første ledd og god forvaltningsskikk.

Til dette svarte høyskolen:

«Etter fornyet vurdering er vi kommet til at Høgskolestyrets arbeidsutvalg (heretter benevnt arbeidsutvalget) og Høgskolestyret (heretter benevnt styret) ikke er å anse som part i saken. Styrets avgjørelse om inhabilitet og opprettelse av ny bedømmelseskomité bygger på en konkret helhetsvurdering av saken, hvoretter man har kommet til at det foreligger «andre særegne forhold» som er egnet til å svekke tilliten til komiteen jfr. fvl. § 6 annet ledd. Bedømmelsen av om det foreligger særegne forhold er objektiv, hvoretter det ikke kan tillegges avgjørende vekt på hva tjenestemannen selv mener.

Inhabilitetsinnsigelsen har vært nærmere utredet i forkant av styrets møte den 19.10.05, sak 084-05. Saken er spesiell for Norges fiskerihøgskole (NFH), ettersom dette er den første hvor styret har oppnevnt ny bedømmelseskomité (heretter benevnt komité) på grunnlag av inhabilitet hos den første.

NFH ved rektor E valgte først å ta muntlig kontakt med komiteleder D som er ansatt som professor ved det Samfunnsvitenskapelige fakultet ved UiT. D gav uttrykk for at komiteen ikke hadde tatt opp habilitetsspørsmålet direkte, men at dette var drøftet mer indirekte. I følge rektors notater fra samtalen skal D ha ment at habiliteten ble diskutert mer implisitt ved at C hadde påpekt at A ikke hadde tatt særlig hensyn til de kommentarer han hadde gitt.

Dernest henvendte man seg til førsteamanuensis F ved institutt for samfunns- og markedsfag ved NFH, som var oppnevnt som komiteens administrative leder. F opplyste at bedømmelseskomiteen hadde fått en redegjørelse av habilitetsreglene i forvaltningsloven og at ingen av medlemmene hadde hatt noen problemer med dette.

Mens D gav uttrykk for at komiteen hadde drøftet habilitetsspørsmålet mer indirekte, var F klar på at medlemmene hadde vurdert egen habilitet. Komiteen har derimot ikke opplyst om de forhold som danner grunnlag for inhabilitetsinnsigelsene. Etter forvaltningslovens § 8 tredje ledd er det enkelte medlemmet pålagt en opplysningsplikt om forhold som kan gjøre eller som gjør det inhabilt. Denne plikten må også gjelde for medlemmer av en komité, når de både hadde tid og mulighet til å ta dette opp med overordnet organ.

Meningen med regelen er å klargjøre at opplysningsplikten ikke bare foreligger der inhabiliteten er utvilsom, men også i tilfelle der den kan fremstå som en rimelig mulighet slik saken ligger an. Styret har således funnet det riktig å legge vekt på at komitémedlemmene selv ikke har tatt opp spørsmålet om sin egen habilitet.

B og C fikk oversendt både forskriften og veiledningen i oppnevningensbrevet datert 16.12.04. Det følger av Dr. scient forskriftens § 8 at habilitetsreglene i forvaltningslovens §§ 6 flg. gjelder for komiteens medlemmer jfr. § 10. Dette i sammenheng med administrativ leder Fs muntlige orientering om habilitetsreglene, gjør at de allerede er blitt gitt mulighet til å vurdere egen habilitet og komme med tilbakemelding til NFH. Det var således vanskelig å se hva de skulle komme med av nye opplysninger i saken.

Inhabilitetsavgjørelsen oppfattes indirekte som et angrep på B og Cs vurderingsevne og rollebevissthet. Deres nye uttalelser i saken viser klart at det er av stor betydning for dem å fremstå

som habile og at dette er opplysninger som forelå allerede på avgjørelsestidspunktet.

Når det gjelder A, så ble han underrettet om komiteens sammensetning ved kopi av oppnevningensbrevet av 16.12.04. I den vedlagte Dr. scient forskriftens § 8 og UiT veiledning pkt 2.1 annet avsnitt, ble A klart oppfordret til å gi informasjon om mulig inhabilitet hos komiteen. Det følger herav at «doktoranden kan gi merknader slik at avdelingen i sin behandling er best mulig informert om mulig inhabilitet eller andre avgjørende forhold også gjennom informasjon fra kandidaten». A har ikke gitt noen slik tilbakemelding.

Styrets avgjørelse av inhabilitetsspørsmålet er en prosessuell beslutning som treffes under saksforberedelsen og ikke et enkeltvedtak etter forvaltningslovens § 2 litra b. Det kan således ikke stilles så strenge krav til sakens utrednings- og informasjonsplikt som innenfor anvendelsesområdet til § 17.

Sakens karakter, ordlyden i forordet på avhandlingen, allerede utsendt informasjon, samt D og Fs uttalelse, gjorde at man ikke fant det nødvendig å ta ytterligere kontakt med verken A eller de to andre komitémedlemmene.

Avgjørelsesgrunnlaget for habilitetsspørsmålet var ut fra dette tilstrekkelig. Hertil kommer at det ut fra NFHs omdømme og samfunnets tillit til forvaltningen var viktig at saken ble behandlet raskt.»

Avslutningsvis i brevet uttalte høyskolen:

«NFH har på bakgrunn av denne saken innført et nytt punkt i oppnevningensbrevet til komitémedlemmene, hvor vi ber dem skriftlig bekrefte at de har vurdert sin habilitet og funnet seg habil etter forvaltningslovens § 6 flg før oppdraget utføres.»

## 2. Forhåndsvarsel

Det ble bedt redegjort for om det i henhold til prinsippet i forvaltningsloven § 16 første ledd og god forvaltningsskikk burde ha vært sendt forhåndsvarsel før styrets avgjørelse 19. oktober 2005.

Til dette uttalte høyskolen:

«A fikk tilsendt kopi av oppnevningensbrevet av komiteen datert 16.12.04, med vedlagt Dr. scient forskrift og UiTs veiledning. Det følger herav at det er styret som fatter endelig realitetsavgjørelse i saken om avhandlingen, prøveforelesningen og disputasen er verdig til å forsvares for doktorgraden, samt at habilitetsspørsmålet er en del av dette. A har ved dette fått kjennskap til at vedtak skal treffes, og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg.

Et nytt varsel ble ikke ansett som nødvendig for å klarlegge sakens faktum. Man kan heller ikke se at A kunne tilføre saken nye opplysninger av betydning før styret fattet sin avgjørelse.

NFH sendte for øvrig den 20.10.05 et brev til A med orientering om styrets avgjørelse og informasjon om at ny komité vil bli oppnevnt. Brevet ble sendt til den adresse som var oppgitt av A på mail til NFH den 07.12.04 i forbindelse med innlevering av avhandlingen for ny bedømming. Det fremgår ikke herav at adressen er midlertidig. NFH fikk først oppgitt A sin privatadresse på et langt senere tidspunkt.



---  
A sin advokat på X, G, har i brev datert 11.04.06, mottatt av NFH den 18.04.06, fremmet en protest mot at B og C var inhabile. Det gis ikke noen begrunnelse eller andre opplysninger om inhabilitetsspørsmålet.

---  
Adv. H hevder i brev til Sivilombudsmannen datert 04.10.06, at NFH aldri besvarte adv. Gs henvendelse. Dette er feil da NFH svarte i brev datert 19.04.06.»

### 3. *Habilitetsvurderingen ved oppnevningen av komiteen*

Det ble bedt opplyst og redegjort for om høyskolen forut for oppnevningen av komiteen undersøkte og vurderte komitémedlemmenes habilitet, herunder om komitémedlemmene selv ble anmodet om å uttale seg om sin habilitet. I denne forbindelse ble det vist til forskrift om doktorgrader, vedtatt av styret ved Universitetet i Tromsø 5. juni 1997 (heretter kalt forskriften) § 8.

Høyskolen uttalte om dette:

«Det kan opplyses at NFH totalt har utdannet ca. 120 PhD studenter inkl. dr. philos, og at selve bedømmelsen av doktorgradsavhandling er både ressurs- og tidkrevende. Det er derfor viktig at prosessen legges opp slik at sakene blir behandlet på en forsvarlig og ikke minst effektiv måte.

A leverte inn sin doktorgradsavhandling for bedømming ved NFH den 08.12.04, mens Institutt for samfunns- og markedsfag sitt forslag på medlemmer til bedømmelseskomiteen forelå den 02.12.04.

Instituttets forslag forelå med andre ord allerede før avhandlingen var mottatt ved NFH, noe som er vanlig praksis i denne type saker nettopp for å spare tid. F som var instituttleder hadde derfor ikke mulighet til å vurdere komitémedlemmenes habilitet. Det var for øvrig veilederen i USA, I, som hadde foreslått personene til komiteen. F mener at selv om avhandlingen hadde vært mottatt før instituttets forslag forelå, ville det ikke vært naturlig for ham å lese gjennom denne ettersom han ikke følte seg kompetent til å vurdere innholdet og ikke hadde hatt noen veilederrolle selv.

Bedømmelseskomiteen ble uten merknader godkjent av forskerutdanningsutvalget ved NFH i sak FU 048-04, den 15.12.04. Som det fremgår ovenfor er instituttet og veileder sentral i spørsmålet om hvem som skal oppnevnes i komiteen ut fra faglig kompetanse. Medlemmene i forskerutdanningsutvalget fikk ikke tilsendt og har ikke lest avhandlingen før komiteen oppnevnes. Vanlig praksis er at ingen får tilgang til avhandlingen før komiteen. Forskerutdanningsutvalget har kun fått seg forelagt forslaget til komité sammensetning. Videre ble selve oppnevningen foretatt på sirkulasjon og uten at det var avholdt noe felles møte. Dette skyldes at disse sakene må behandles raskt, at utvalget er tverrfaglig sammensatt, at medlemmene har mye reiseaktivitet og at disse oftest er uten noen kjennskap til det spesielle fagområdet avhandlingen omhandler.

Utvalgets oppgave blir derfor mer å kontrollere om komitémedlemmene har den rette formelle bakgrunn for oppnevningen. De foretar

ikke noen habilitetsvurdering av det enkelte komitémedlem. For at prosessen skal kunne gjennomføres på en hensiktsmessig måte, må man stole på at det enkelte medlem i bedømmelseskomiteen er sin rolle bevisst og sier fra dersom habilitetsproblemer foreligger.

Dette er rutiner som følges i alle saker om bedømmelse av doktorgradsavhandlinger, og hvor sjekkpunktet om habilitet blir orienteringen og spørsmålene til komitémedlemmene, samt deres svar på dette. Forskerutdanningsutvalget kjente således ikke til at det var så tette bånd mellom komiteen og A ved oppnevningen.

Oppnevningsbrev med avhandling, Dr. scient forskrift og UiTs veiledning for bedømming ble oversendt komiteens medlemmer den 16.12.04, med kopi til A.

---  
I forskriftens § 8 står det uttrykkelig at habilitetsreglene i forvaltningslovens §§ 6 flg. gjelder for komiteens medlemmer jfr. § 10. Det foreligger her en klar oppfordring til å sette seg inn i regelverket og vurdere sin egen rolle.

Administrativ leder for komiteen F har muntlig redegjort for reglene om habilitet for medlemmene i komiteen, og sier at ingen av disse hadde problemer med dette.

Det må således kunne legges til grunn at både B og C har blitt anmodet om å uttale seg om sin egen habilitet.»

### 4. *Habilitetsvurderingen da komiteens innstilling forelå*

Det ble, under henvisning til forskriftens § 9, bedt opplyst om høyskolens styre da komiteens innstilling forelå, vurderte komitémedlemmenes habilitet. Dersom høyskolens styre ikke hadde vurdert komitémedlemmenes habilitet på dette stadiet av sakens behandling, ble det bedt opplyst om hvorvidt dette burde ha vært gjort, jf. forskriftens bestemmelse om at «[d]ersom en finner at det er gjort feil av betydning for innstillingen, kan saken sendes enten tilbake til bedømmelseskomiteen for ny vurdering eller det oppnevnes ny bedømmelseskomitee».

Til dette bemerket høyskolen:

«Komiteens innstilling forelå den 03.06.05. I tillegg til begrunnelsen for innstillingen, innleveres også en tekst til prøveforelesning. Disputas og prøveforelesning ble avholdt den 17.06.05.

Som tidligere nevnt er denne saken et særtilfelle, og at systemet med bedømmelser ut fra kapasitetshensyn ikke kan være innordnet til å fange opp alle tenkte tilfeller. Etter Dr. scient forskriften § 9 annet avsnitt, skal innstillingen fra komiteen være NFH i hende senest 3 uker før planlagt disputas. Her gikk bare 14 dager fra innstillingen forelå til bedømmelsen var ferdig, noe som skyldes at komiteen var forsinket i sitt arbeid og måtte levere innstillingen senere i forhold til den allerede planlagte disputasen. Dette aksepterte NFH ettersom ferieavviklingen straks sto for tur og at en utsettelse ville medføre problemer med å samle komiteen.

Slik denne saken forelå og rutinen er lagt opp, var det ikke praktisk mulig å foreta en selvstendig habilitetsvurdering på de ulike stadier i prosessen. Dersom ikke komitémedlemmene selv sier fra, kan habilitetsvurderingen først skje

når komiteens arbeid er slutført og resultatet av avhandling, disputas og prøveforelesning foreligger, og styret skal innstille til kreering.»

##### 5. *Habilitetsvurderingen etter at prøveforelesning og disputas var godkjent*

Det ble bedt opplyst og redegjort for hvorvidt forskriftens § 11, eller eventuelt andre bestemmelser i forskriften, ga høyskolen hjemmel for på dette stadiet av saksbehandlingen å avgjøre at medlemmer av bedømmelseskomiteen var inhabile og oppnevne en ny komité.

Høyskolen uttalte om dette:

«Straks etter sommerferien, fremmes sak 12-05 for arbeidsutvalget med forslag til vedtak om tilråding til kreering. Det var først på dette tidspunkt at det forelå reell mulighet til å vurdere selve innholdet i avhandlingen, bedømmelseskomiteens vurdering, samt resultatet fra disputas og prøveforelesning.

Saken fikk spesiell oppmerksomhet ettersom A tidligere hadde fått underkjent en avhandling. I arbeidsutvalgets møte den 09.09.05 kommer det flere spørsmål om de eksterne komitémedlemmenes habilitet og prosessen rundt bedømmelsen av avhandlingen, samt om gjennomføringen av disputas og prøveforelesning er gjort på en forsvarlig måte.

Bakgrunnen for inhabilitetsinnsigelsen er det som følger av forordet til avhandlingen, hvor A bl. a. sier følgende: «My thanks also go to Dr. C that read through and commented on four of the papers.» I innledningen står følgende: «I first stumbled upon the problem of time in the beginning of the 1980s when working with decision models for fishing skippers at the Institute for Technology Research in Y under supervision of professor B.» Saken ble derfor oversendt styret for videre behandling. Inhabilitetsinnsigelsen ble først behandlet den 20.09.05, HS sak 081-05. Her gjennomgås foruten saksbehandlingen, også reglene om oppnevning av bedømmelseskomite som følger av Dr. Scient forskriftens § 8, UiTs veiledning pkt 2.1 og forvaltningslovens kap. II om habilitet.

Høgskoledirektøren har i sin vurdering reist spørsmål om medlemmene i komiteen var habile til å vurdere avhandlingen på et uhildet grunnlag, ettersom A (skal formodentlig være C) har lest og kommentert, mens B har hatt veilederansvar for A i et tidligere arbeidsforhold. Ingen av disse er eller har vært formelt oppnevnt av NFH som veiledere.

Dette tolkes som at begge de to eksterne komitémedlemmene i ulik grad har hjulpet A ved utarbeidelsen av avhandlingen. «I ytterste konsekvens kan komiteens godkjenningstilråding av avhandlingen falle bort under henvisning til manglende tillit til at komiteen har stått fritt ved sin vurdering. Komiteens medlemmer har imidlertid ikke varslet at de har sett noen problemer ved å utføre oppgaven. Vi foreslår derfor at komiteen blir bedt om å avgi en uttalelse om hvorvidt spørsmålet om habilitet har vært diskutert i komiteen».

I styrets sak HS 084-05, datert 19.10.05 legges det til grunn at C rent faktisk har gitt A bistand med hele fire av fem publikasjoner i av-

handlingen. I hvilken grad dette har hatt stor eller liten betydning kan ikke være avgjørende. Det at C takkes spesielt i avhandlingen tilsier at hans bidrag uansett er tillagt en viss betydning, noe som man ikke kan se bort ifra i denne sammenhengen. Styret har derfor ansett dette som en kontakt som går utover hva som er normalt mellom doktoranden og komitémedlemmer, og derfor ikke kan godtas etter Dr. scient forskriftens § 8 og forvaltningslovens § 6.

En disputas skal iht. Dr. scient forskriftens § 10 og UiTs veiledning pkt. 5.2, være en faglig diskusjon og utspørring av doktoranden. Den forutgående kontakten med B og C, gjorde at A langt på vei kjente til og visste hvilke kritiske spørsmål opponentene ville komme med. Det ble derfor stilt spørsmål om hvor reell selve prøvelsen av avhandlingen var i forhold til hva som er påkrevd.

Det følger videre av UiTs veiledning pkt. 6 om Avsluttende saksbehandling at «komiteens innberetning om utfallet av prøveforelesningen og disputasen oversendes avdelingen og deretter institusjonens styre for behandling. Begge disse organer står i prinsippet fritt i sine avgjørelser, men det vil bare være aktuelt å fravike en enstemmig komitéinnstilling dersom det foreligger ekstraordinære og tungtveiende grunner for det. Slike grunner kan for eksempel være at komiteen åpenbart har feiltolket institusjonens kvalitetsstandard, eller det etter at innberetning er avgitt er kommet frem nye opplysninger som har avgjørende betydning for spørsmålet om godkjenning.» Regelen ordlyd gir styret fullmakt til å avgjøre at medlemmer av komiteen er inhabile. Formålet med regelen taler videre for at styret kan oppnevne ny komité etter at både prøveforelesning og disputas er godkjent.

Videre taler reelle hensyn for at styret må ha adgang til å foreta en selvstendig vurdering av saken inkludert habilitetsspørsmålet og oppnevne ny komité på dette stadiet. Selv om det forelå en positiv innstilling og prosessen var kommet langt, er det ikke rimelig at styret må være bundet av denne når det oppdages feil av betydning. Saken dreier seg tross alt om tildeling av den høyeste grad av utdanning i Norge, samt NFHs omdømme og samfunnets tillit til forvaltningen.

På denne bakgrunn mente styret at det var mest forsvarlig å oppnevne en ny bedømmelseskomite, som kunne vurdere avhandlingen på et habilt grunnlag.»

Deretter innkom det bemerkninger i to brev fra klagerens advokat og i ett brev fra høyskolen. Advokaten etterlyste en nærmere begrunnelse fra høyskolens side for hvorfor habilitetsspørsmålet ikke ble drøftet da komiteens innstilling forelå, jf. forskriftens § 9, og anførte at høyskolen på dette tidspunkt hadde tilstrekkelige opplysninger til å avklare eventuelle uklarheter vedrørende komiteens habilitet. Det ble bestridt at det hadde fremkommet nye opplysninger av betydning for habilitetsspørsmålet etter at komiteens innberetning forelå. Det ble vist til at klageren i flere fotnoter i avhandlingen hadde opplyst om den kontakt han hadde hatt med de to medlemmene av komiteen. Høyskolen anførte blant annet at opplysningene om de to komitémedlemmenes kontakt med klageren hadde vært nye for høyskolens rektor,

som var disputasleder, og at høyskolestyret måtte ha rettslig adgang til å vurdere habilitetsspørsmålet etter at disputas og prøveforelesning var gjennomført.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Innledning

Min vurdering av saken er avgrenset til saksbehandlingen vedrørende habilitetsspørsmålet. Jeg har således ikke vurdert selve habilitetsspørsmålet, og finner derfor heller ikke grunn til å kommentere spørsmålet om partsstilling i henhold til forvaltningsloven § 6 annet ledd, annet punktum.

#### 2. Saksbehandlingen ved oppnevningen av komiteen

Det følger av forvaltningsloven § 17 første ledd og forvaltningsrettslige grunnprinsipper at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Dette må også omfatte spørsmål om habilitet for tjenestemenn og medlemmer av kollegiale organer som deltar i saksbehandlingen. Videre følger det av forvaltningsloven § 8 annet ledd at i kollegiale organer treffes habilitetsavgjørelsen av organet selv, uten at vedkommende medlem deltar, og av bestemmelsens tredje ledd at medlem i god tid skal si fra om forhold som kan gjøre ham inhabil. I denne saken reises følgelig både spørsmål om høyskolens administrasjon har lagt til rette for en forsvarlig utredning av habilitetsspørsmålet, og om komiteens medlemmer har oppfylt sin plikt til å opplyse om forhold som kunne gjøre dem inhabile.

Høyskolen har opplyst at Institutt for samfunns- og markedsfags forslag til medlemmer i komiteen forelå før avhandlingen var mottatt, og at forskerutdanningsutvalget 15. desember 2004 godkjente komiteen uten å ha hatt tilgang til avhandlingen, etter sirkulasjon av saken mellom utvalgsmedlemmene. Forskerutdanningsutvalget vurderte de foreslåtte komitémedlemmenes faglige kvalifikasjoner, men vurderte ikke deres habilitet. Det tilkom således komiteens medlemmer selv å vurdere sin habilitet, slik forvaltningsloven foreskriver, jf. nedenfor.

I høyskolens oppnevningensbrev 16. desember 2004 til komiteens medlemmer er det ikke redegjort nærmere for forvaltningslovens regler om habilitet. Det fremgår at foruten avhandlingen, fulgte vedlagt brevet «Guidelines for the evaluation of candidates for Norwegian doctoral degrees». Høyskolen har i brev til ombudsmannen opplyst at komitémedlemmene fikk tilsendt både forskriften og Veiledning om bedømmelse av doktorgrader ved Universitetet i Tromsø (veiledningen) sammen med oppnevningensbrevet. I forskriftens § 8 er inntatt følgende bestemmelse:

«Habilitetsreglene i Forvaltningslovens §§ 6 flg. gjelder for komiteens medlemmer, jf. lovens § 10.»

I veiledningens punkt 2.1 «Oppnevning av sakkyndig komité» er det uttalt følgende (annet avsnitt):

«Doktoranden underrettes om komiteens sammensetning. Doktoranden kan gi merknader slik at avdelingen i sin behandling er best mulig informert om mulig inhabilitet eller andre avgjørende forhold også gjennom informasjon fra kandidaten.»

Verken i forskriften eller veiledningen er det gitt nærmere informasjon om innholdet av forvaltningslovens habilitetsregler. Høyskolen har imidlertid opplyst at komiteens administrative leder F ga komitémedlemmene en muntlig redegjørelse for habilitetsreglene. Det fremgår imidlertid ikke hvorvidt F foretok en nærmere undersøkelse av komitémedlemmenes habilitet, f. eks. ved å stille kontrollspørsmål. Det har formodningen mot seg at noen slik undersøkelse ble foretatt. I så fall ville Bs og Cs tidligere kontakt med klageren ha blitt klarlagt, og habilitetsspørsmålet ville ha blitt nærmere utredet i forbindelse med oppnevningen av komiteen. Det forhold at høyskolen i etterkant, på bakgrunn av denne saken, har innført et nytt punkt i oppnevningensbrevet til komitémedlemmene, hvor disse bes om å bekrefte skriftlig at de har vurdert sin habilitet og funnet seg habile etter forvaltningsloven §§ 6 ff., før oppdraget utføres, gir en indikasjon på at høyskolens rutiner for utredning av habilitetsspørsmål ikke har vært tilfredsstillende.

Som høyskolen, setter jeg spørsmålstegn ved de to komitémedlemmenes vurdering av sin egen habilitet. Det følger av forvaltningsloven § 8, som komiteen skal ha fått en redegjørelse for, at komitémedlemmene har et selvstendig ansvar for å vurdere sin egen habilitet. Det følger av bestemmelsens tredje ledd at de i god tid skal si fra om forhold som gjør eller kan gjøre dem inhabile. Høyskolen har opplyst at ifølge D ble habiliteten diskutert «mer implisitt ved at C hadde påpekt at A ikke hadde tatt særlig hensyn til de kommentarer han hadde gitt.» F har opplyst at etter at komiteen hadde fått en redegjørelse for habilitetsreglene, hadde «ingen av medlemmene hatt noen problemer med dette». På bakgrunn av sin tidligere kontakt med klageren burde D og C ha undersøkt habilitetsspørsmålet nærmere, eventuelt ved å underrette F om sin tidligere kontakt med klageren. Da dette ikke ble gjort, har de to komitémedlemmene etter min oppfatning ikke oppfylt sin plikt etter forvaltningsloven § 8 til å avklare sin egen habilitet.

Også høyskolen har fremhevet at disse to medlemmene ikke har oppfylt plikten etter forvaltningsloven § 8. Jeg finner grunn til å påpeke at komiteen i denne sammenheng må anses som en del av forvaltningen, slik at feil her fra deres side må anses som en feil ved forvaltningens saksbehandling. Som påpekt, må det dessuten være høyskolens ansvar å ha rutiner som sikrer at medlemmene kommer frem med de relevante opplysningene om habilitetsspørsmål.

Det følger av veiledningens punkt 2.1 at doktoranden «kan gi merknader slik at avdelingen i sin behandling er best mulig informert om mulig inhabilitet». Som det fremgår av min redegjørelse foran, påhviler imidlertid plikten etter forvaltningsloven til å utrede og avklare habilitetsspørsmålet forvaltningen selv, i denne saken høyskolens administrasjon og medlemmene av komiteen.

Høyskolen har i svaret hit vist til at saken, spørsmål om tildeling av doktorgrad, gjelder tildeling av den høyeste grad av utdanning i Norge, samt NFHS omdømme og samfunnets tillit til forvaltningen. Jeg viser til at dette innebærer at saken også er av stor betydning for doktoranden. Det er derfor viktig at doktorandens rettssikkerhet ivaretas. Et så sentralt spørsmål som komiteens habilitet, må derfor avklares så tidlig som mulig i prosessen, noe regelverket også legger opp til. Det er derfor helt avgjørende at høyskolen har rutiner som sikrer en forsvarlig behandling av habilitetsspørsmålet i forbindelse med oppnevningen av komiteen. Jeg finner at rutinene som ble fulgt i denne saken, ikke var tilstrekkelige.

### 3. Saksbehandlingen da komiteens innstilling forelå

I forskriftens § 9 er det bestemt blant annet følgende:

«Komiteen avgir innen en frist fastsatt av fakultetet/Norges fiskerihøgskole begrunnet innstilling, eventuelt vedlagt individuelle uttalelser, om hvorvidt arbeidet er verdig til å forsvares for doktorgraden.

---

Bedømmelseskomiteens innstilling med eventuelle merknader behandles av fakultetsstyret/Høgskolestyret. Fakultetsstyret/Høgskolestyret kan delegerer videre til dekan/Høgskolerektor fullmakt til å godkjenne en komitéinnstilling når den enstemmig konkluderer med at avhandlingen er verdig til å forsvares for doktorgraden.

Doktoranden underrettes om resultatet av behandlingen.

Dersom en finner at det er gjort feil av betydning for innstillingen, kan saken sendes enten tilbake til bedømmelseskomiteen for ny vurdering eller det oppnevnes ny bedømmelseskomité.»

Forskriften gir her høyskolens styre hjemmel for å gripe inn dersom den finner at det er gjort «feil av betydning for innstillingen». Slike feil må formodentlig også omfatte mangler ved komitémedlemmenes habilitet. Riktignok følger det av forskriftens § 8 og forvaltningsloven § 8, sammenholdt med bestemmelsen om forvaltningens utredningsplikt i lovens § 17 første ledd, at habilitetsvurderingen i utgangspunktet skal gjøres av komiteens medlemmer, i forbindelse med oppnevningen. Dette kan imidlertid ikke frita høyskolens styre fra å foreta en vurdering av habiliteten ved sin behandling av saken. Forskriften gir styret hjemmel for å oppnevne ny bedømmelseskomité på dette stadiet av saksbehandlingen. Jeg har da vanskelig for å forstå høyskolens innvending om at det, på grunn av tidsnød, ikke var

praktisk mulig for styret å foreta en selvstendig habilitetsvurdering.

### 4. Saksbehandlingen etter at prøveforelesning og disputas var godkjent

#### a) Hjemmel for å foreta habilitetsvurderingen

Forskriftens § 11 (Kreering og diplom) første ledd lyder slik:

«På grunnlag av innberetning fra bedømmelseskomiteen og fakultetet/Norges fiskerihøgskole om at prøveforelesningen og disputasen er godkjent, kreerer Universitetsstyret doktoranden til doktor.»

Forskriften gir ikke uttrykkelig hjemmel for på dette stadiet av saksbehandlingen å underkjenne innberetningen og bestemme at det skal oppnevnes en ny bedømmelseskomité. Under veiledningens punkt 6 (Avsluttende saksbehandling) er det uttalt følgende:

«Komiteens innberetning om utfallet av prøveforelesningen(e) og disputasen oversendes avdelingen og deretter institusjonens styre for behandling. Begge disse organer står i prinsippet fritt i sine avgjørelser, men det vil bare være aktuelt å fravike en enstemmig komitéinnstilling dersom det foreligger ekstraordinære og tungtveiende grunner for det. Slike grunner kan for eksempel være at komiteen åpenbart har feiltolket institusjonens kvalitetsstandarder, eller at det etter at innberetningen er avgitt er kommet frem nye opplysninger som har avgjørende betydning for spørsmålet om godkjenning (for eksempel avsløring av «fusk»).»

I høyskolens saksfremlegg 19. oktober 2005 til styret er det uttalt følgende avslutningsvis om veiledningens punkt 6 (under punkt 4 på side 5):

«Det er særlig siste passus om «nye opplysninger» som her er aktuell.»

Jeg kan ikke se at veiledningen gir klare holdpunkter for å fravike komiteens innstilling i et tilfelle som det foreliggende. Opplysningene om klagerens tidligere kontakt med de to komitémedlemmene kan neppe anses som «nye opplysninger», ettersom dette fremgikk av avhandlingen. Det er dessuten i forskriftens § 8 lagt opp til at habilitetsvurderingen skal skje i forbindelse med oppnevningen av komiteen. Det må derfor skje en utredning av habilitetsspørsmålet i forbindelse med oppnevningen, jf. mine bemerkninger under punkt 2. Videre må tas i betraktning at det i forskriftens § 9 er gitt hjemmel for å oppnevne ny bedømmelseskomité dersom det er gjort feil av betydning, jf. punkt 3 foran. Noen slik hjemmel finner man ikke i § 11 om kreering og diplom. En reversering av saksbehandlingen i form av å oppnevne ny bedømmelseskomité vil innebære et sterkt inngrep overfor doktoranden, og bør derfor kreve klar hjemmel i forskrift. Reelle hensyn taler

generelt for at habilitetsspørsmålet bør være utredet og avklart før man er kommet til dette avsluttende stadiet i saksbehandlingen.

Følgelig kan jeg ikke se at høyskolens styre hadde tilstrekkelig hjemmel til å treffe avgjørelsen 19. oktober 2005 om å underkjenne komiteens innberetning og oppnevne en ny bedømmelseskomité.

#### *b) Forhåndsvarsel - kontradiksjon*

Hensynet til en forsvarlig saksbehandling tilsier kontradiksjon, dvs. at parten får adgang til å uttale seg før forvaltningen treffer en avgjørelse. Dette er i samsvar med ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper og god forvaltningsikk, og er lovfestet i forvaltningsloven § 16 for tilfeller hvor det skal treffes vedtak. I denne saken er problemstillingen hvorvidt høyskolen, under enhver omstendighet, burde ha sendt forhåndsvarsel til klageren før styrets avgjørelse 19. oktober 2005.

Høyskolen har vist til at klageren fikk tilsendt kopi av oppnevningensbrevet 16. desember 2004, vedlagt forskriften og veiledningen, og at det derfor ikke var nødvendig å sende et «nytt varsel» for å klarlegge sakens faktum. Videre har høyskolen vist til at den sendte klageren et brev 20. oktober 2005, til den adresse klageren hadde oppgitt, med orientering om styrets avgjørelse og informasjon om at en ny komité ville bli oppnevnt. Høyskolen har også vist til at klagerens advokat på X i brev 11. april 2006 protesterte mot avgjørelsen om å kjenne de to komitémedlemmene inhabile, uten å gi noen nærmere begrunnelse for sin innsigelse.

Jeg kan ikke være enig i den begrunnelsen som høyskolen har gitt for ikke å sende forhåndsvarsel til klageren forut for avgjørelsen 19. oktober 2005. Kravet til kontradiksjon er en viktig side av kravet til forsvarlig saksbehandling. Det skal sikre at den som berøres av en offentlig avgjørelse, skal ha muligheter til å øve innflytelse på den, og til å fremlegge sin sak. Dette tilsier at den som kan bli gjenstand for en avgjørelse som berører vedkommendes rettigheter eller interesser, får varsel, gis rett til innsyn i grunnlaget for avgjørelsen og rett til å uttale seg, se Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett (2. utgave, 2002) s. 102. At klageren mottok kopi av oppnevningensbrevet til komiteens medlemmer, med vedlegg, og en underretning i etterkant om styrets avgjørelse vedrørende de to komitémedlemmenes inhabilitet, kan etter min oppfatning ikke anses for å oppfylle kravet til kontradiksjon. I denne forbindelse må det også tas i betraktning at styrets avgjørelse om inhabilitet og oppnevning av en ny komité måtte antas å ha stor personlig betydning for klageren. Følgelig var det viktig å innhente hans syn på habilitetsspørsmålet før avgjørelsen ble truffet.

#### *4. Oppsummering og konklusjon*

Jeg har kommet til at

- høyskolens rutiner for utredning av bedømmelseskomiteens habilitet ikke har vært tilfredsstillende.
- høyskolen hadde formodentlig hatt hjemmel i forskrift for å oppnevne en ny bedømmelseskomité da komiteens innstilling forelå, dersom det på dette tidspunkt hadde blitt fastslått inhabilitet for komitémedlemmene, men dette ble ikke gjort.
- da prøveforelesning og disputas var godkjent, hadde høyskolen neppe tilstrekkelig hjemmel for å underkjenne komiteens innberetning og oppnevne en ny bedømmelseskomité.
- klageren under enhver omstendighet skulle ha vært gitt forhåndsvarsel forut for høyskolestyrets avgjørelse 19. oktober 2005.

Under henvisning til dette anbefaler jeg at høyskolen vurderer saken på nytt, og jeg ber om å bli orientert om høyskolens oppfølging av saken.»

Etter fornyet behandling av saken fattet styret ved Universitetet i Tromsø 18. oktober 2007 enstemmig vedtak om at klageren skulle kreeres til doktor.

### **39.**

#### **Sak om språkstipend – tolkning av forskrift**

(Sak 2007/1154)

*Saken gjaldt tolkning av Lånekassens forskrift om tildeling av utdanningsstøtte punkt 8.1, der det fremgikk at for å få stipend til forberedende språkkurs, må kurset vare i «minst fire uker, med minimum 15 timer undervisning per uke».*

*Ombudsmannen godtok Lånekassens standpunkt om at ordet «uker» må forstås som hele uker, dvs. fra mandag i den første uken til fredag i den siste uken (eller tilsvarende). Han mente imidlertid at forskriften åpner for misforståelser som kan føre til at studenter velger språkkurs som ikke oppfyller kravene til varighet, og ba Lånekassen og Kunnskapsdepartementet om å vurdere hvordan forskriften på best mulig måte kan presiseres.*

As søknad om stipend til forberedende språkkurs ved en språkskole i Frankrike ble avslått av Lånekassen. Lånekassens klagemnd opprettholdt avslaget. Det ble vist til at språkkurset ikke varte i «minst fire uker», som var kravet etter forskriftene for undervisningsåret 2005-2006 punkt 8.1, da det bare var undervisning mandag til torsdag den siste av de fire ukene.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Hun viste til at språkskolen varte fra mandag 30. januar 2006 til torsdag 23. februar 2006, og at antall timer

undervisning var fire timer per dag. Hun mente derfor at hun oppfylte forskriftenes krav. A viste også til at Lånekassens praktisering av regelverket ikke stemte med informasjon hun tidligere var tilsendt om at antall undervisningsdager ikke var av betydning.

Det ble funnet grunn til å ta saken opp med Lånekassen. I brev herfra ble det vist til at kravene til kursets varighet etter forskriftens ordlyd er knyttet til uker og undervisningstimer. På denne bakgrunn ble det bedt opplyst om det er fast praksis likevel å legge avgjørende vekt på antall undervisningsdager. Det ble bedt redegjort for hvilke hensyn som begrunner at man både har et absolutt krav om fire ukers varighet og et minstekrav til ukentlige undervisningstimer.

Det ble videre bedt om klagenemndas vurdering av om forskriften er uklar med hensyn til hvilke krav som stilles til språkkursets varighet, og om det er behov for en presisering av forskriften. Det ble også bedt opplyst om en absolutt praktisering av kravet til fire ukers varighet vil kunne lede til ulike resultater for søkere som ut fra språkstipendets formål burde likestilles.

Lånekassen viste i svarbrevet til at det i forskriftens kapittel V punkt 8.1 stilles krav om minimum fire ukers varighet og 15 timer undervisning per uke. As språkkurs startet 30. januar 2006 og endte 23. februar 2006. På denne bakgrunn mente Lånekassen at kurset hadde en varighet på tre uker og fire dager, og at forskriftens krav om fire ukers varighet ikke var oppfylt. Lånekassen antok at vilkårene i punkt 8.1 må anses som minstekrav med hensyn til omfang, dersom språkkurset skal være i tråd med ordningens formål. Formålet med stipendordningen til språkkurs i utlandet er å sette flere i stand til å studere i ikke-engelskspråklige land, jf. St.prp.nr. 1 (2002-2003) side 235.

I brevet hit ble det videre vist til at ordlyden i punkt 8.1 er tilstrekkelig klar:

«Sett i sammenheng med at disse vilkårene er minstekrav er det mest nærliggende å tolke ordlyden som hele uker. Dersom Lånekassen åpner for en annen tolkning, vil dette kunne skape vanskelige grensedragninger med hensyn til hva som skal regnes som en uke. Dette vil også kunne åpne for en uthuling av vilkåret.»

Lånekassen forklarte videre at en absolutt praktisering av vilkåret om fire ukers varighet kan medføre at noen studenter som tar språkkurs i tråd med ordningens formål, kan falle utenfor ordningen. Det ble imidlertid fremholdt at en mer skjønnsmessig praktisering av varighetsvilkåret i langt større grad vil åpne muligheten for forskjellsbehandling.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I Lånekassens forskrifter for undervisningsåret 2005-2006 er det bestemt i punkt 8.1 at det på visse vilkår kan bli gitt stipend til forberedende språkkurs.

I annet punktum er det fastsatt følgende krav til kursets varighet:

«Språkkurset må være i minst fire uker, med minimum 15 timer undervisning per uke.»

Spørsmålet i denne saken er om ordet «uker» skal forstås som hele uker, dvs. fra mandag i den første uken til fredag i den siste uken (eller tilsvarende), eller om det i denne saken er tilstrekkelig at undervisningen ble avsluttet torsdag i den siste uken.

Det er ikke presisert i forskriften hva som menes med en uke. Selv om jeg har forståelse for As klage, har jeg ikke funnet grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot Lånekassens fortolkning av regelverket. Språkkurset varte i tre uker og fire dager, og det kan da ikke kritiseres herfra på rettslig grunnlag at kravene som stilles til kursets varighet i forskriftens punkt 8.1, ikke ble ansett for å være oppfylt. Jeg har ved denne vurderingen lagt vekt på at forskriftens ordlyd tilsier en slik fortolkning, og at en skjønnsmessig praktisering av regelen ville kunne føre til forskjellsbehandling og uthuling av kravet til varighet.

Selv om jeg ikke har grunnlag for rettslige innvendinger mot klagenemndas vedtak i denne saken, mener jeg at den illustrerer behovet for en presisering av forskriften. Slik forskriften nå lyder, åpner den for misforståelser som kan føre til at studenter velger språkkurs som ikke oppfylder kravene til varighet. Jeg ber derfor Lånekassen, i samarbeid med Kunnskapsdepartementet, om å vurdere hvordan forskriften på best mulig måte kan presiseres.»

### Trygd, ventestønad, barnebidrag

#### 40.

#### **Gjeldsoppgjør ved tilbakelevering av uhensiktsmessig «trygdebil»**

(Sak 2006/313)

«Trygdebilen» som hjelpemiddelsentralen hadde anbefalt kun på grunnlag av saksdokumentene og en samtale med A, og uten at A hadde fått anledning til å prøve bilen, viste seg ikke å være hensiktsmessig for ham. Ved tilbakeleveringen førte gjeldsoppgjøret til at hele As egenandel i bilen gikk tapt.

Etter undersøkelsene herfra syntes det som om bilen hadde vært uhensiktsmessig for A alt fra overleveringstidspunktet. Ombudsmannen fant det overveiende sannsynlig at A hadde hatt et annet/større behov for spesialutstyr/tilpasninger enn det som hjelpemiddelsentralen hadde lagt til grunn for sin anbefaling av bil.

Hjelpemiddelsentralens senere oppfølging, blant annet ved overleveringen av bilen til A, hadde også

*vært mangelfull. Arbeids- og velferdsdirektoratet ble derfor anmodet om å behandle gjeldsoppgjøret på nytt og vurdere om A i henhold til trygdeetatens praksis burde få sin tapte egenandel erstattet.*

*Etter dette uttalte Arbeids- og velferdsdirektoratet at de hadde tatt ombudsmannens uttalelse til etterretning og anmodet NAV Hordaland om å erstatte As egenandel som skissert i ombudsmannens uttalelse.*

I forbindelse med Fana trygdekontors behandling av As søknad om stønad til bil fikk han innkalling til Hjelpemiddelsentralen i Hordaland for «vurdering av bil og utstyr». I innkallingen het det blant annet «[v]i har fått i oppdrag av trygdekontoret i Fana å gjøre en vurdering/utprøving».

Hjelpemiddelsentralens vurdering av As behov endte med at A ble anbefalt en «kassebil» av typen VW Transporter 2,5 B automat. Hjelpemiddelsentralens anbefaling var basert på de tilsendte saksdokumentene og samtalen med A. A ble ikke gitt anledning til å prøve den anbefalte bilen sammen med representanter for hjelpemiddelsentralen, verken i forbindelse med dette møtet eller senere.

Fana trygdekontor innvilget A et rente- og avdragsfritt lån tilsvarende 50 % av kostnadene til bilen. I tillegg ble det innvilget tilskudd til spesialutstyr til bilen. A betalte selv en egenandel på kr 142 664,20. På eget initiativ fikk A prøve bilen mens den var på bilombyggingsfirmaet for tilpasning. Da to saksbehandlere fra hjelpemiddellageret i Kvam overleverte bilen skjedde det uten prøvekjøring eller demonstrasjon/kontroll av spesialutstyret sammen med A.

A hadde mange problemer med bruk av bilen og var flere ganger i kontakt med både hjelpemiddelsentralen og bilombyggingsfirmaet. Bilombyggingsfirmaet foretok noen justeringer uten at det løste problemet. Til slutt kom hjelpemiddelsentralen på hjembesøk til A. I en redegjørelse fra hjelpemiddelsentralen i etterkant fremgår det at hjelpemiddelsentralen konkluderte med at «nåværende bil ikke kan tilpasses slik at den blir hensiktsmessig for ham.» Bilen ble derfor tilbakelevert til hjelpemiddelsentralen i september 2003. Fana trygdekontor fattet så det gjeldsoppgjørsvedtaket som hadde tilfølge at A tapte sin egenandel i bilen. Vedtaket ble opprettholdt av Fylkestyret i Hordaland og senere stadfestet av Trygderetten.

I klagen hit ble det anført at A hadde blitt påført et stort økonomisk tap som følge av saksbehandlingsfeil siden A ikke hadde fått anledning til å prøve om bilen ville være hensiktsmessig i forhold til hans funksjonshemming.

Arbeids- og velferdsdirektoratet (daværende Rikstrygdeverket) ble i brev herfra stilt spørsmål tilknyttet trygdeetatens saksbehandling, praksis og rettsanvendelse i forhold til trygdebilordningen, herunder om gjeldsoppgjørpraksis ved tilbakelevering av trygdebil.

På spørsmålet om trygdeetaten hadde fulgt retningslinjene for utlevering av trygdebil svarte Arbeids- og velferdsdirektoratet at:

«[i] den aktuelle sak ble bilen utlevert av to representanter fra det kommunale hjelpemiddellageret i Kvam. Dette er vanlig prosedyre ved utlevering av andre hjelpemidler, men er ikke vanlig ved utlevering av bil. Det er riktig som Sivilombudsmannen beskriver at retningslinjene var at hjelpemiddelsentralen, sammen med medlemmet, bør foreta en funksjonskontroll av spesialutstyret, samt vurdere om bil og utstyr passer vedkommende.

---

Når det gjelder opplæring i utstyret så er utføring av dette bilombyggerens ansvar. Men hjelpemiddelsentralen har et ansvar for å påse at det faktisk skjer. Rikstrygdeverket beklager at dette tilsynelatende ikke har skjedd i denne saken. Hjelpemiddelsentralene har stor pågang og stor saksmengde, og det kan være en forklaring på at ansvaret ble delegert til det lokale hjelpemiddellageret.

Det skal likevel bemerkes at manglende ettersyn fra hjelpemiddelsentralen i forbindelse med overlevering av bilen, neppe ville ha påvirket utfallet av saken.»

Videre bemerket Arbeids- og velferdsdirektoratet:

«på det aktuelle tidspunktet [var det] ikke ... føringer i rundskrivet på hvordan selve utprøvingen skulle foregå. Bakgrunnen for dette var blant annet at dette beror på bilformidlers faglige skjønn, samt på tilgang på aktuelle biler fra billeverandør, og utstyr fra bilombyggerne.

I dialog med bruker ble det enighet om å bestille en kassebil. A ble også orientert om muligheten til å anskaffe en annen og dyrere løsning - men at han da måtte dekke differansen selv. A hadde altså en mulighet til å anskaffe en annen bil, hvilket han valgte å ikke gjøre.

Ut fra dokumentene i saken kan det se ut til at det er medisinske endringer inntrådt etter at A ble tilstått den aktuelle bilen, som medfører at han ikke lenger kan benytte den. Det er vanskelig å se at hjelpemiddelsentralen har vært uaktomme eller på annen måte gjort noe klanderverdig ved vurdering av Volkswagen Transporter som den mest hensiktsmessige bilen.»

Når det gjaldt praksis vedrørende gjeldsoppgjør svarte direktoratet at «i slike saker kan det synes som regelverket her får uheldige utslag ved at medlemmet etter å ha hatt bilen i så kort tid taper hele egenandelen. I saker der det fremkommer at hjelpemiddelsentralen har lagt galt faktum til grunn, eller foretatt gale vurderinger, er det derfor praksis for at stønaden «videreføres» til en ny hensiktsmessig bil, eventuelt at medlemmets tap erstattes».

Til spørsmål herfra om trygdeetaten burde ha vurdert om ytterligere gjeld burde vært avskrevet i medhold av unntaket i forskrift om stønad til motorkjøretøy 7. mars 2003 nr. 290 (kjøretøyforskriften) § 15 fjerde ledd, svarte direktoratet:

«Denne unntaksbestemmelsen er svært sjelden

brukt. De tilfellene den har vært brukt er i all hovedsak der det er et dødsbo som har overtatt bilen, og den etterlatte har dårlig økonomi, stort omsorgsansvar eller lignende. På bakgrunn av dette kan ikke Rikstrykdeverket si at unntaksbestemmelsen burde vært vurdert i en sak hvor hjelpemiddelsentralen ikke kan bebreides at bilen ikke er hensiktsmessig etter inntrådte medisinske endringer.»

Direktoratet viste også til kjøretøvforskriften § 15 sjette ledd hvor det heter at «[g]jeldsoppgjør kan også foretas etter begjæring av medlemmet selv, både i gruppe 1 og gruppe 2, selv om vilkårene i § 1 og § 3 fortsatt er oppfylt.» Det ble ellers opplyst at det i gjeldsbrevet står at:

«Lånet anses forfalt til betaling (...) Dersom jeg ikke bruker kjøretøyet til det formålet som var forutsetningen for at lånet ble gitt.»

Direktoratet bemerket også at «[n]år et kjøretøy er uhensiktsmessig på grunn av for eksempel endring i den medisinske tilstanden, vil det føre til at bilen ikke blir benyttet og lånet blir ansett som forfalt til betaling. ... forholdet [vil] kunne være et annet der trygdeetaten har gjort en feil og tilstått feil bil».

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Trygdedes rett (og plikt) til utprøving i forbindelse med valg av bil(type) er ikke nærmere regulert i forskrift om stønad til motorkjøretøy eller annet transportmiddel. At trygdede vil ha rett til å prøve ut bil og utstyr er likevel forutsatt i kjøretøvforskriften § 14 hvor det heter:

«Trygden yter stønad til dekning av nødvendige reise- og oppholdsutgifter i forbindelse med utprøving av bil og utstyr.»

Rundskrivet til folketrygdloven § 10-7 bokstav h som gjaldt fra oktober 2000 til januar 2002 (det vil si i det tidsrommet det ble søkt om trygdebil og bilen ble overlevert A) Del I ble innledet med en kort gjennomgang av «saksgangen ved behandling av søknad om stønad til kjøretøy». Her het det blant annet:

«Hjelpemiddelsentralen utformer kravspesifikasjon og innhenter tilbud på spesialutstyr og tilpassing. ... Det er viktig at medlemmet er med på utprøving av kjøretøyet sammen med hjelpemiddelsentralen. ... Før kjøretøyet overleveres til medlemmet, bør hjelpemiddelsentralen sammen med medlemmet foreta en funksjonskontroll av spesialutstyret, vurdere om medlemmet kan kjøre kjøretøyet - og at det ellers passer for vedkommende.»

I FNs standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming, (UN General Assembly Resolution 48/96 20 December 1993) anerkjennes funksjonshemmedes rettigheter. Stan-

dardreglene er ikke rettslig bindende, men har dannet grunnlag for FN-konvensjonen om menneskerettigheter for funksjonshemmede som ble vedtatt 13. desember 2006 av FNs generalforsamling og som det antas Norge ratifiserer når konvensjonen blir lagt ut for signering og ratifisering 30. mars 2007. Det fremkommer av standardreglene «Rule 4. Support services» at «[s]tates should ensure the development and supply of support services, including assistive devices for persons with disabilities, to assist them to increase their level of independence in their daily living and to exercise their rights. I FN-konvensjonen, som ennå ikke er ratifisert av Norge, fremkommer det av artikkel 20 b at «States Parties shall take effective measures to ensure personal mobility with the greatest possible independence for persons with disabilities, including by: Facilitating access by persons with disabilities to quality mobility aids, devices, assistive technologies and forms of live assistance and intermediaries, including by making them available at affordable cost.»

Det må kunne legges til grunn at folketrygdloven kapittel 10 med tilhørende forskrifter er fullt ut i samsvar med FNs standardregler og den konvensjonen som nå er vedtatt av FNs generalforsamling. De funksjonshemmedes tilgang på disse hjelpemidlene er likevel avhengig av at saksbehandlingen ikke svikter.

En absolutt forutsetning for å realisere formålene bak folketrygdens stønadsordninger for anskaffelse av kjøretøy er at den stønadsberettigete får en egnet bil, best mulig tilpasset hans eller hennes særlige behov som følge av eventuell funksjonshemming. Dette forutsetter at trygdeetaten (bilkontoret/hjelpemiddelsentralen) yter tilstrekkelig bistand og oppfølging gjennom hele utvelgelses-, ombygnings-, tilpassings-, opplærings- og overleveringsprosessen i den enkelte sak til å sikre at den kombinasjon av bil og spesialutstyr som trygden anbefaler faktisk vil virke så funksjonelt som mulig for brukeren.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i sitt svar hit opplyst at det aktuelle rundskrivet ikke ga føringer på hvordan utprøvingen skulle foregå fordi det blant annet ville bero på bilformidlerens faglige skjønn, tilgang på aktuelle biler fra billeverandør og utstyr fra bilombyggerne. Dette kan jeg ha forståelse for, men utvelgelse/anbefaling av bil og utstyr uten praktisk demonstrasjon og prøvekjøring kan etter normal språkbruk vanskelig anses som en «utprøving» av aktuelt kjøretøy og utstyr.

Jeg har ikke grunn til å i betvile at hjelpemiddelsentralen besitter betydelig kompetanse og har bred erfaring med å finne frem til og anbefale hensiktsmessig kjøretøy og spesialutstyr for søkerne. Jeg har likevel vanskelig for å se at slik kunnskap og erfaring kan gjøre faktisk utprøving sammen med hjelpemiddelsentralen overflødig for vedkommende som skal bruke bilen, og da særlig hvis behovet for spesialtilpassede løsninger er stort. I denne saken fremgår det av hjelpemiddelsentralens uttalelse i fe-



bruar 2001 at A hadde behov for mye spesialutstyr. I et slikt tilfelle synes behovet for reell utprøving av anbefalt bil og spesialutstyr åpenbart.

Det fremgår også av saksdokumentene at A gjentatte ganger tok kontakt med hjelpemiddelsentralen fordi han hadde store vansker med å bruke sin VW Transporter 2,5 B. Hjelpemiddelsentralen sørget derfor, i september 2003, for at A faktisk fikk prøve ut to andre billøsninger. Uten en nærmere og konkret forklaring på hvorfor det ikke ble gjennomført en tilsvarende utprøving med den anbefalte VW Transporter 2,5 B i forbindelse med valg av bil i februar 2001 kan jeg vanskelig godta at det var forsvarlig å unnlate dette da. Saksbehandlingen synes således mangelfull og kritikkverdig på dette punkt.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har beklaget at hjelpemiddelsentralen ikke var påpasselig med å følge opp at A fikk opplæring i spesialutstyret i forbindelse med overlevering av bilen. Denne beklagelsen er på sin plass. Det var også uheldig at A selv måtte ta initiativ til å få prøvet bilen mens den var på bilombyggingsfirmaet for tilpasning. Slik saken er fremstilt for meg, må jeg legge til grunn at det heller ikke da A på eget initiativ prøvde bilen hos bilombyggingsfirmaet, var noen representant fra hjelpemiddelsentralen til stede.

Direktoratet har i forbindelse med undersøkelser herfra gitt uttrykk for at det manglende ettersynet fra hjelpemiddelsentralen i forbindelse med overlevering av bilen «neppe ville ha påvirket utfallet av saken.» Direktoratet synes å begrunne dette med at det «[u]t fra dokumentene i saken kan se ut til at det er medisinske endringer inntrådt etter at A ble tilstått den aktuelle bilen, som medfører at han ikke lenger kan benytte den». I As egne kommentarer til direktoratets svar hit opplyser han at han ikke noen gang etter at han fikk slag har kunnet reise seg opp fra en stol uten hjelp fra andre personer så fremt han ikke fikk noe å dra seg opp etter. Han opplyser at han er helt avhengig av sin høyre arm og skulder i alle daglige gjøremål. Hans fysioterapeut har derfor helt siden slaget frarådet løftemetoder som kunne føre til ekstra belastning av høyre skulder.

Årsakene til forverringen av As belastningslidelser i høyre arm og skulder er ikke godt egnet for avklaring ved den skriftlige saksbehandlingen her. Slik saken er opplyst synes det imidlertid ikke usannsynlig at de i større eller mindre grad kan skyldes at bilen/spesialutstyret var uhensiktsmessig for ham allerede ved overleveringen. Ved siden av As egen skriftlige redegjørelse på bakgrunn av Arbeids- og velferdsdirektoratets svarbrev hit viser jeg særlig til hjelpemiddelsentralens redegjørelse i notatet til Bergen Trygdekontor i september 2003. Her het det blant annet:

*«Medlemmet har gjentatte ganger etter at han fikk utlevert bilen vært i telefonisk kontakt med HMS der han beskrev vansker med å bruke bilen. [Min utheving] Noen små justeringer har vært foretatt. Han tok kontakt med HMS på nytt*

04.09.2003. Han beskriver nå så store vansker med bruk av bilen at HMS finner det hensiktsmessig med et hjemmebesøk, som ble foretatt av B og C 12.09.03.

Medlemmet har nå fått en funksjonssvekkelse, med redusert funksjon i høyre arm og skulder som var den såkalte «friske» armen. Han har store vansker og smerter i armen når han skal forflytte seg mellom rullestol og bilsetet. Han har heller ikke mulighet til lengre å benytte el. stige-trinn for å benytte førerdøren. I praksis har han ingen gode måter å komme inn/ut av fører-setet. *Bilens kilometerstand pålydende 4667 km pr. 12.09.2003 tilsier svært liten bruk med tanke på at han har hatt bilen i 18 mnd, men kan forklares med at bilen ikke er hensiktsmessig for ham. [Min utheving.] HMS konkluderer med at nåværende bil ikke kan tilpasses slik at den blir hensiktsmessig for ham.»*

Redegjørelsene fra A og fra hjelpemiddelsentralen kan begge tyde på at det ved valget av VW Transporter 2,5 B automat ikke i tilstrekkelig grad ble lagt vekt på at det også måtte forhindres at den friske høyre armen ikke ble utsatt for store belastninger, for eksempel når han skulle inn og ut av bilen eller når han skulle fra rullestolen og over i fører-setet og omvendt.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i sitt brev hit redegjort for praksis ved gjeldsoppgjør, samt praksis på gjeldsavskrivelse i medhold av kjøretøyforskriften § 15 fjerde ledd. Direktoratet skriver i tilknytning til A sin sak at «[n]år det gjelder gjeldsoppgjør i slike saker kan det synes som regelverket her får uheldige utslag ved at medlemmet etter å ha hatt bilen i så kort tid taper hele egenandelen. Direktoratet opplyser at ved gjeldsoppgjør i saker det «fremkommer at hjelpemiddelsentralen har lagt galt faktum til grunn, eller foretatt gale vurderinger, er det derfor praksis for at stønaden «videreføres» til en ny hensiktsmessig bil, eventuelt at medlemmets tap erstattes».

Slik saken er opplyst, fremstår det som overveiende sannsynlig at A hadde et annet/større behov for spesialutstyr/tilpasninger enn det som ble avdekket i hjelpemiddelsentralens møte med A i februar 2001. Det kan derfor synes som om den manglende faktiske utprøving av biltyper i forbindelse med bilvalget i februar 2001 førte til at hjelpemiddelsentralen la et forenklet faktum til grunn. På grunn av hjelpemiddelsentralens manglende oppfølging i ombyggnings-, tilpasnings-, opplærings- og overleveringsprosessen ble dette ikke oppdaget før bilen ble overtatt av A og han begynte å bruke den.

Svært meget tyder derfor på at hjelpemiddelsentralen i det første møtet med A, da biltype og spesialutstyr ble bestemt, la «galt faktum til grunn». Den erkjente svikten i hjelpemiddelsentralens oppfølging i denne saken førte til at denne feilen ikke ble oppdaget og utbedret i tide. På denne bakgrunn ber jeg Arbeids- og velferdsdirektoratet om å revurdere As sak, da det fremstår for meg som om A, i henhold til trygdeetatens opplyste praksis, i denne saken oppfyller vilkårene for å få sin tapte egenandel erstattet.

Ellers har jeg merket meg at trygdeetaten fra årsskiftet 2004/2005 har innført nye og forbedrede rutiner for overlevering av «trygdebil». Etter disse skal hjelpemiddelsentralen være til stede ved overleveringen sammen med bruker. Bilen vil heller ikke bli ansett overlevert før det er klart at bilen er tilpasset bruker. Hjelpemiddelsentralen skal også kontakte bruker av kjøretøyet på nytt etter 3 måneder for å konsultere brukers tilfredshet med bilen. Det er å håpe at disse nye rutinene vil avverge slike problemer som A fikk med sin bil i denne saken.»

I brev 12. april 2007 til As advokat uttalte Arbeids- og velferdsdirektoratet at det hadde tatt min uttalelse til etterretning og at direktoratet i brev 6. februar 2007 hadde anmodet NAV Hordaland om å erstatte As egenandel som skissert i uttalelsen fra meg.

I brev herfra til Arbeids- og velferdsdirektoratet ble det orientert om at jeg hadde merket meg at uttalelsen var tatt til etterretning og at A nå ville få erstattet sin egenandel på kr 142 664 i samsvar med anmodningen i min uttalelse.

#### 41.

### **Stans av ventestønad – blant annet spørsmål om krav om jobbsøkeraktivitet var pålagt stønadmottaker på forskriftsmessig måte**

(Sak 2006/1777)

*Aetat anså ikke A som reell arbeidssøker etter folketrygdloven § 4-5. Grunnen var bl.a. at Aetat mente at As jobbsøkeraktivitet var for lav. Aetat stanset derfor As ventestønad.*

*Ombudsmannen mente at kravet om aktiv arbeidssøking i forskrift om dagpenger § 4-1 forutsetter at de aktiviteter arbeidssøker skal gjennomføre enten skal være avtalt eller pålagt arbeidssøkeren av Arbeids- og velferdsetaten. Det var ikke inngått noen avtale med A om jobbsøkeraktivitet, og de aktivitetskrav som hadde blitt stilt kunne vanskelig anses som pålegg etter dagpengeforskriften § 4-1 som kunne sanksjoneres med bortfall av ventestønad. Det syntes derfor tvilsomt om vedtaket om stans av ventestønnen var fattet på et riktig rettslig grunnlag.*

Aetat Bergen mente blant annet at A gjorde altfor lite selv for å skaffe seg arbeid til å kunne anses som reell arbeidssøker. Aetat Bergen traff derfor vedtak om endelig bortfall av hans ventestønad. Vedtaket ble opprettholdt av Aetat klage- og ankekontoret.

Aetat klage- og ankekontoret begrunnet bortfallet av As ventestønad slik:

«Klager har den 10.01.06 fått vedtak om stans av ventestønad. Begrunnelsen for vedtaket er at han var innkalt til samtale med Aetat Bergen 12.12.05 kl.14.00, og at han møtte ikke til samtale og meldte heller ikke avbud. Det vises videre

til at klager heller ikke ønsket å underskrive Avtale om aktivitet. På denne bakgrunn anser Aetat Bergen at klager ikke fyller vilkårene i folketrygdloven § 4-5 til å anses som reell arbeidssøker.

Klager anfører som grunn til at han ikke møtte til innkalt møte den 12.12.05 at innkallingen ble forlagt og glemt. Å glemme er forståelig, men anses ikke som rimelig grunn i henhold til folketrygdloven § 4-20.

Klager anfører videre at han ikke har nektet å undertegne en aktivitetsavtale, men ønsker ikke å gjøre dette før han fikk pålegget skriftlig med klar hjemmelsanvisning.

Klager har mottatt dagpengebrosjyren hvor det klart fremgår at man plikter å være aktiv arbeidssøker for at vilkårene for rett til dagpenger er oppfylt. Klager fikk utlevert informasjonsark om ventestønad den 05.08.05 hvor det klart fremgår at et vilkår for å ha rett til ventestønad er at man må være aktiv arbeidssøker og kunne dokumentere gjennomført arbeidssøkeraktivitet etter avtale med Aetat. Det fremgår videre i nevnte informasjon at klager vil miste retten til ventestønad dersom han ikke er aktiv arbeidssøker og/eller kan dokumentere gjennomført arbeidssøkeraktivitet etter avtale med Aetat.

Klager anfører at når det gjelder vurderingen av hvorvidt man er en «aktiv jobbsøker» har vært lagt lite vekt på dette, og det har i alle fall ikke vært noen selvstendig grunn for å frata noen en stønad.

For å ha rett på dagpenger eller ventestønad er det et krav at man oppfyller vilkårene i folketrygdloven § 4-5 til å være reell arbeidssøker. Da er nettopp kravet til aktivitet viktig. Alle som søker eller mottar dagpenger eller ventestønad har en plikt til å prøve å skaffe seg arbeid ved å søke på utlyste stillinger, ta i mot tilvist arbeid, drive oppsøkende aktivitet hos arbeidsgivere osv til alle typer jobber man er kvalifisert for hvor som helst i landet. Dette er grunnleggende for rett til slik stønad. Dersom man ikke oppfyller dette vilkåret har man heller ikke rett til slik stønad.

Dette fremgår klart av all informasjon som klager har fått både ved søknad om dagpenger, gjennom dagpengebrosjyren samt ved søknad om ventestønad gjennom informasjonsark for ventestønad. Her fremgår det også at Aetat kan pålegge aktivitet og at den som mottatt ytelsen plikter å dokumentere at avtalt aktivitet er gjennomført. Dette er krav som klager skal være kjent med da han har underskrevet på at han har mottatt og lest dagpengebrosjyren samt mottatt informasjonsark om ventestønad. Klager har plikt til å sette seg inn i de plikter og rettigheter han har som dagpenge-/ventestønadmottaker.

Det fremgår av sakens dokumenter at den 13.09.04 ble klager tilbudt tiltaket jobbklubb. Klager ønsket i utgangspunktet ikke å delta på tiltaket. Klager sier følgende i mail til Aetat:

«Jeg vil fortsatt ikke, men kommer motvillig til å stille på mandag for å unngå å tape kr. 20.000,-. I fremtidige presentasjoner bør dere heller si at kurset i utgangspunktet er obligatorisk, men at det kan gis fritak på visse dokumenterte vilkår. Det er altfor lett vint å avgjøre dette på bakgrunn av en muntlig henvendelse».

Den som mottar dagpenger/ventestønad må være reell arbeidssøker, noe som i henhold til folketrygdloven § 4-5 innebærer at man må være villig til å delta på arbeidsmarkedstiltak. Tiltaket

jobbklubb er nettopp rettet mot aktiv jobbsøking og jobbsøkeraktiviteter.

I samtale med Aetat den 07.06.05 fremgår det at klager har vært arbeidsledig siden 2002. Han søker svært lite jobber. Som grunn oppgir klager at det er lite jobber å søke på. Aetat stiller krav om aktivitet til klager. Det stilles krav om at klager innen 08.07.05 skal søke på 20 jobber, melde seg til Manpower og Addeco samt abonnere på jobbmail på aetat.no. Klager er registrert som anonym på aetat.no. Selv om klager ble informert om at hans reelle muligheter på jobbmarkedet ble redusert på grunn av dette, ønsket klager ikke å endre denne statusen på aetat.no.

På denne bakgrunn finner Aetat klage- og ankekontoret at klager ikke kan anses å ha gjort det som må kunne forventes for å skaffe seg inntektsgivende arbeid. Klager har ikke sannsynliggjort at han er en aktiv arbeidssøker og på den måten fyller vilkårene i folketrygdloven § 4-5. Klager har plikt til å sette seg inn i den informasjon som han får utlevert samt hvilke plikter han har som stønadsmottaker. Hovedvilkåret for rett til både dagpenger og ventestønad er at man er reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5. Med bakgrunn i den informasjon klager har fått gjennom brosjyrer og informasjonsark skulle han ikke være i tvil om hvilke krav som stilles til han for å kunne motta ytelser.

På denne bakgrunn finner Aetat klage- og ankekontoret at du ikke fyller vilkårene til å være reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5 og rett til ventestønad faller derfor bort med endelig virkning, jf. forskrift om arbeidsmarkedstiltak §§ 10-3 og 10-10.»

I klagen hit anførte A bl.a. at det har kommet nye retningslinjer til regelverket om ventestønad som gjør at mindre brudd på stønadsmottakers plikter skal vurderes noe mer liberalt enn det som tidligere var praksis.

Saken ble tatt opp med NAV Klage og anke Sør. NAV Klage og anke Sør ble bedt om å kommentere anførselen om at det foreligger nye retningslinjer til regelverket som innebærer at den tidligere strenge praksis nå er lempet slik at det skal noe mer til før ventestønad faller bort som følge av forsømmelse fra stønadsmottakers side. Det ble også bedt om NAV Klage og anke Sørs syn på hvilken betydning de eventuelle nye retningslinjene ville ha for forholdsmessighetsvurderingen i denne sak.

I svarbrevet opplyste NAV Klage og anke Sør at som følge av en tidligere henvendelse fra sivilombudsmannen var praksis liberalisert når det gjaldt stans av ventestønad hvis stønadsmottaker glemte å sende meldekort eller sendte meldekort for sent.

NAV Klage og anke Sør kunne likevel ikke se at denne praksisendringen kunne ha noen følger for saken til A. Bortfallspraksis var også liberalisert på den måten at det nå beror på en forholdsmessighetsvurdering hvorvidt ventestønaden skal stanses.

Etter en totalvurdering av As innsats for å skaffe seg inntektsgivende arbeid ble det i denne saken ikke ansett uforholdsmessig at As ventestønad falt bort med endelig virkning. NAV Klage og anke Sør viste særlig til at A ikke hadde ønsket å underskrive avtale

om jobbsøkeraktivitet. Dette til tross for A, ut fra den informasjonen han hadde fått fra Aetat om stønadsmottakers rettigheter og plikter, måtte være klar over at Arbeids- og velferdsetaten kan pålegge stønadsmottakere slike aktivitetsplikter som vilkår for å få dagpenger eller ventestønad.

NAV Klage og anke Sør ble så i nytt brev herfra særskilt bedt om å opplyse i hvilken grad liten jobbsøkeraktivitet har utgjort et selvstendig og avgjørende grunnlag for å stanse ventestønad. I tillegg ble det spurt om omfanget av forpliktelsene i aktivitetsavtalen som ble presentert for A var i samsvar med gjeldende praksis. På bakgrunn av en anførsel fra A om at han ikke fikk beholde kopi av avtaleutkastet, ble det bedt om en redegjørelse for retningslinjer og praksis knyttet til inngåelse av aktivitetsavtaler og NAVs pålegg til stønadsmottakere om jobbsøkeraktivitet.

NAV Klage og anke Sør anførte blant annet at kravet til aktivitet for ventestønadsmottakere var lovfestet, og at forskrift om dagpenger under arbeidsløshet tydeliggjør dette kravet. Hva som er rimelige krav til aktivitet må avgjøres etter en individuell vurdering. I As tilfelle var det lagt vekt på at han hadde mottatt dagpenger og ventestønad sammenhengende siden august 2002.

I et eget brev herfra ble så Arbeids- og velferdsdirektoratet blant annet bedt om å opplyse i hvilken utstrekning liten jobbsøkeraktivitet vil være et selvstendig grunnlag for å stanse ventestønad. Direktoratet ble også bedt om å gi sitt syn på om omfanget av aktivitetspålegget fra 7. juni 2005 var i samsvar med praksis.

I svarbrevet opplyste Arbeids- og velferdsdirektoratet at ettersom mottakere av ventestønad har vært i et langvarig stønadsforhold, vil begrensede jobbsøkeraktiviteter veie tungt på selvstendig grunnlag og kunne være avgjørende for om en person anses som «reell arbeidssøker». Direktoratet understreket at det skal foretas en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor det på bakgrunn av at stans i ventestønad er varig skal tas hensyn til forholdsmessigheten mellom overtredelsens art og konsekvensene for brukeren. Omfanget av forpliktelsene i aktivitetsavtalen 7. juni 2005 kunne ikke sies å være klart i strid med dagjeldende praksis, men antallet (20 jobbsøknader) syntes noe høyt. Det var likevel vanskelig for direktoratet å uttale seg konkret om omfanget av forpliktelsene i aktivitetsavtalen. At bruker skal få kopi av aktivitetsplanen ble ansett som en selvfølge.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:**

«Etter forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-3 annet ledd jf § 10-2 nr 3 kan ventestønad gis til «helt ledige som har avsluttet en lang dagperiode» men bare «inntil vedkommende ikke lenger kan anses som reell arbeidssøker etter folketrygdloven § 4-5

eller forhold som nevnt i folketrygdloven § 4-20 inntreffer».

Det sentrale spørsmål i saken er hvorvidt A ikke lenger kunne anses som «reell arbeidssøker» etter folketrygdloven § 4-5 med tilhørende forskrift da Aetat Bergen fattet vedtak om endelig bortfall av hans ventestønad.

Folketrygdloven § 4-5 lyder:

«§ 4-5. Reelle arbeidssøkere

For å ha rett til dagpenger må medlemmet være reell arbeidssøker. Som reell arbeidssøker regnes den som er arbeidsfør, og er villig til

- a) å ta ethvert arbeid som er lønnet etter tariff eller sedvane,
- b) å ta arbeid hvor som helst i Norge,
- c) å ta arbeid uavhengig av om det er på heltid eller deltid,
- d) å delta på arbeidsmarkedstiltak

Dersom alder eller tungtveiende sosiale hensyn knyttet til helse, omsorgsansvar for små barn eller pleietrengende i nær familie tilsier det, kan medlemmet regnes som reell arbeidssøker selv om vedkommende søker deltidsarbeid eller bare søker arbeid innenfor et begrenset geografisk område.

Departementet kan fastsette forskrift om krav til aktivitet som underbygger at medlemmet er reell arbeidssøker.»

Klagevedtaket synes å bygge på Aetat klage- og ankekontorets totalvurdering av As oppfølging av Aetat Bergens tilbud til ham og avtaler med ham og hans egeninnsats for å skaffe seg inntektsgivende arbeid. I vedtaket ble disse forhold uttrykkelig nevnt:

- A ønsket i utgangspunktet ikke å delta på jobbklubb 13. september 2004.
- A hadde vært arbeidsledig siden 2002, men søkte svært lite jobber fordi han mente det var lite jobber å søke på. Derfor stilte Aetat i samtale 7. juni 2005 krav om at A innen 8. juli 2005 skulle søke på 20 jobber, melde seg til Manpower og Addeco samt abonnere på jobbmail på aetat.no.
- A var registrert som anonym på aetat.no. Selv om A var informert om at hans reelle muligheter på jobbmarkedet ble redusert på grunn av dette, ønsket han ikke å endre denne statusen på aetat.no.
- A møtte ikke til samtale som han var innkalt til med Aetat Bergen 12. desember 2005 og han meldte heller ikke avbud.

Slik jeg forstår de krav som et medlem av folketrygden skal oppfylle for bli ansett som «reell arbeidssøker» etter folketrygdloven § 4-5, med tilhørende forskrifter, og således ha rett til dagpenger/ventestønad under arbeidsløshet, er jeg i tvil om vedtakene om endelig bortfall av As ventestønad ble fattet på et rettslig holdbart grunnlag.

Jeg har ingen innsigelser til at Arbeids- og velferdsetaten la vekt på at A verken møtte eller meldte avbud til samtalen som han var innkalt til med Aetat Bergen 12. desember 2005. Arbeidssøkere som mot-

tar dagpenger eller ventestønad må selv ta ansvar for å huske på og følge opp innkallinger fra etaten og kan ikke forvente påminnelser derfra. Det ville likevel synes helt uforholdsmessig om ventestønaden ble varig stanset utelukkende av den grunn at stønadsmottakeren overså/glemte én møteinnkalling fra Arbeids- og velferdsetaten.

På den annen side kan As tilsynelatende negative innstilling til å delta på jobbklubb vanskelig tillegges særlig vekt ved vurderingen av om han er «reell arbeidssøker» da det ikke er bestridt at han faktisk deltok på jobbklubben 13. september 2004.

Når det gjelder Klage- og anke Sørs syn på Arbeids- og velferdsetatens adgang til å gjøre retten til fortsatte dagpenger eller ventestønad avhengig av stønadsmottakers aktive egeninnsats for igjen å komme i lønnet arbeid, vil jeg bemerke følgende:

Hjemmelen i folketrygdloven § 4-5 tredje ledd til å fastsette forskrift om «krav til aktivitet» dvs. egen aktivitet ble tilføyd ved en lovendring 20. desember 2002 som trådte i kraft 1. januar 2003. Formålet med denne lovendringen fremgår av forarbeidene, Ot. prp. nr. 15 (2002-2003) side 8 og 9. Her heter det blant annet:

«Et vilkår for rett til dagpenger er at medlemmet er reell arbeidssøker, jf. folketrygdloven § 4-5. Det å være reell arbeidssøker vil si å være arbeidsfør og raskt kunne tiltre ethvert tiltak og arbeid som vedkommende er fysisk og psykisk skikket til å ta (yrkesmessig mobilitet) hvor som helst i landet (geografisk mobilitet). Det kan lempes på disse kravene dersom sosiale hensyn som høy alder, svekket helse eller omsorgsansvar tilsier det.

Det er flere andre bestemmelser i folketrygdloven kap. 4 som understøtter kravet i folketrygdloven § 4-5 om å være reell arbeidssøker. Personer som er å anse som selvforskyldt arbeidsledige, eller som uten rimelig grunn avslår tilbud om arbeid eller tiltak, kan midlertidig miste retten til dagpenger etter folketrygdloven §§ 4-10 og 4-20. Dersom vilkårene for å være reell arbeidssøker ikke anses oppfylt, faller retten til dagpenger bort, jf. folketrygdloven § 4-21. Melde- og møteplikten i folketrygdloven § 4-8 innebærer bl.a. at dagpengemottakerne hver fjortende dag må bekrefte i melding til Aetat at de fremdeles er arbeidssøkere.

---

Det er de senere år gjennomført en rekke studier som søker å belyse effekter av dagpengesystemet. Disse viser bl.a. at oppfølgingen og krav til mottakerne av dagpenger er svært avgjørende for hvor lang tid det tar før de kommer i ordinært arbeid. Erfaringene trekker i retning av at krav til å være aktive arbeidssøkere synes å være viktigere for overgangen til arbeid enn den mer direkte effekten av kvalifiseringsprogram.

Departementet finner at dagens regelverk ... i stor grad gir Aetat mulighet til å følge opp den enkelte dagpengemottaker og prøve dennes status som reell arbeidssøker. Når det gjelder mer konkrete aktivitetskrav overfor arbeidssøkerne, gir folketrygdloven § 4-8 Aetat adgang til å sette krav om meldinger og oppmøte. Vilråene for å være reell arbeidssøker i folketrygdloven § 4-5 forutsetter dessuten aktivitet hos den enkelte ar-

beidssøker ved at de er forpliktet til å ta tilbudt arbeid og delta i arbeidsmarkedstiltak.

Andre konkrete aktivitetskrav følger imidlertid ikke av gjeldende regelverk.

Departementet finner at det på bakgrunn av de forskningsresultatene som er referert ovenfor, kan være hensiktsmessig å pålegge arbeidssøker mer konkrete/spesifikke krav til aktivitet. Dette kan for eksempel dreie seg om krav til jobbsøkningsaktivitet og dokumentasjon av dette. Slike krav vil pålegge den enkelte dagpengemottaker konkrete plikter, og bør derfor reguleres formelt. Departementet finner imidlertid ikke at slike krav bør gis direkte i loven, men fastsettes i forskrift.»

Det er derfor vanskelig å forstå disse forarbeidene annerledes enn at før lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2003 og den etterfølgende forskriftsreguleringen som fikk virkning fra 3. oktober 2003 var retten til dagpenger først og fremst betinget av at arbeidssøkeren overholdt pålagt meldeplikt og møteplikt hjemlet i folketrygdloven § 4-8. I tillegg hadde arbeidssøkeren plikt til å ta det arbeid vedkommende ble tilbudt gjennom Aetat, jf § 4-5 første ledd bokstav a), b) og c) og plikt til å delta på arbeidsmarkedstiltak. Først da reglene om aktiv arbeidssøking kom inn i dagpengeforskriften av 16. september 1998 § 4-1 ved forskriftsendringen 3. oktober 2003 ble Aetat gitt myndighet til å sette sanksjoner bak et eventuelt pålegg til stønadsmottaker om på egen hånd å søke et nærmere bestemt antall jobber innenfor et angitt tidsrom.

Brevet hit 20. juni 2007 kan gi inntrykk av at NAV Klage og anke Sør ikke er klar over dette, men synes å mene at helt siden 1997 har unnlatt egeninnsats for å søke jobb kunnet sanksjoneres på linje med avslått jobbtilbud. I dette brevet heter det nemlig blant annet:

«Ventestønad ble innført i 1997. I Odelstingsproposisjon nr. 62 [2002-2003] som omhandler ventestønad fremgår det at kravet om at ventestønadmottakere skal være disponible for ordinært arbeid, er et sentralt prinsipp i arbeidsmarkedspolitikken. Det må derfor kunne gjennomføres sanksjoner overfor ventestønadmottakere som unnlater å søke jobb eller avslår tilbud om jobb, arbeidsmarkedstiltak eller annen service fra arbeidsmarkedsetaten.

NAV Klage og anke Sør vil påpeke at kravet til aktivitet for ventestønadmottakere er lovfestet og ikke uttrykk for forvaltningspraksis. I oktober 2003 ble kravet klargjort gjennom forskrift om dagpenger under arbeidsløshet § 4-1. Denne forskriften tydeliggjør kravet for å kunne anses som reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5.

Den som mottar dagpenger skal drive aktiv arbeidssøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid. Bestemmelsen er en påminning og et signal om plikten til å selv ta initiativ til aktiv arbeidssøking, og må sees i sammenheng med den økte fokus NAV lokalt skal ha på oppfølging av arbeidssøkerne.»

Selv om det synes naturlig å forutsette at en arbeidsløs stønadsmottaker også skal søke jobber på

egenhånd, kunne mangel på slik egeninnsats inntil oktober 2003 ikke sanksjoneres med midlertidig stans eller bortfall av dagpenger eller ventestønad. Dette går, som vist ovenfor, klart frem av forarbeidene til folketrygdloven § 4-5 tredje ledd, Ot.prp. nr. 15 (2002-2003).

Heller ikke etter 3. oktober 2003 da krav om aktiv arbeidssøking ble fastsatt i forskrift om dagpenger § 4-1 kan Arbeids- og velferdsetaten uten videre gjennomføre sanksjoner overfor en arbeidssøker som ikke er aktiv på arbeidsmarkedet på helt eget initiativ. Dette går tydelig frem av ordlyden i forskrift om dagpenger § 4-1, jf. nedenfor, som forutsetter at de konkrete aktivitetene som arbeidssøkeren skal gjennomføre enten skal være avtalt med eller pålagt arbeidssøkeren av Arbeids- og velferdsetaten:

«Et medlem som mottar dagpenger skal drive aktiv arbeidssøking eller annen aktivitet for å komme i arbeid, for at medlemmet skal kunne anses som reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5 første ledd.

Arbeids- og velferdsetaten og medlemmet avtaler hvilke konkrete aktiviteter medlemmet skal gjennomføre. Dersom enighet om aktivitet ikke oppnås, kan Arbeids- og velferdsetaten pålegge medlemmet å gjennomføre nærmere angitt aktivitet.

Arbeids- og velferdsetaten kan kreve at medlemmet dokumenterer gjennomført aktivitet.»

Slik saken er opplyst i saksdokumentene og ved undersøkelsene herfra, synes det klart at det ikke ble inngått noen *avtale* mellom Aetat og A om hans jobbsøkeraktivitet i møtet 7. juni 2005. Dette fordi A synes å ha satt som betingelse for å gå med på en avtale om å søke på 20 jobber innen 8. juli 2005, dvs i løpet av én måned, at han fikk opplyst hvilken hjemmel Aetat hadde for eventuelt å pålegge ham et slikt krav.

Undersøkelsene herfra har ikke avdekket om grunnen til at A ikke fikk hjemmelsopplysningene han ba om var at saksbehandler der og da mente at hjemmel var unødvendig, ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om hjemmelen, eller om det var en annen årsak til at A ikke fikk den hjemmelsopplysning han bad om. Pliktene forbundet med å være mottaker av dagpenger/ventestønad fremgår riktignok av det informasjonsmaterielle arbeids- og velferdsetaten har utarbeidet. Dette informasjonsmaterialet har mottakere av dagpenger og ventestønad også plikt til å sette seg inn i. Jeg finner likevel grunn til å påpeke at dette ikke fratar Arbeids- og velferdsetaten en klar plikt til etter anmodning fra stønadsmottaker å opplyse om lovhjemmel for et pålegg som vitterlig krever slik hjemmel, slik som et krav eller pålegg om jobbsøkeraktivitet gjør, jf. ovenfor. Det var derfor uheldig og kritikkverdig om A ikke fikk de hjemmelsopplysningene han bad om i møtet 7. juni 2005.

NAV Klage- og anke Sør har heller ikke imøtegått As anførsel om at han ikke fikk noen kopi av det avtaleutkastet som synes å ha vært diskusjonstema i

møtet 7. juni 2005. I brevet hit har Arbeids- og velferdsdirektoratet uttalt at «Det er en selvfølge at bruker skal få kopi av aktivitetsplanen». Om A ikke fikk en kopi av det aktuelle avtaleutkastet vil kritikkkverdigheten av en slik unnlattelse avhenge av om Aetat Bergen mente avtaleutkastet var å anse som et pålegg til A ettersom det ikke ble inngått noen *avtale* med A i møtet 7. juni 2005.

Vedtaket 8. juni 2006 kunne med fordel gjort klarere rede for Aetat klage- og ankekontorets syn på dette spørsmålet. Her heter det kun:

«[Aetat Bergen viste til] at klager heller ikke ønsket å underskrive Avtale om aktivitet.»

Lenger ut i vedtaket heter det:

«Aetat stiller krav om aktivitet til klager. Det stilles krav om at klager innen 08.07.05 skal søke på 20 jobber, melde seg til Manpower og Adecco samt abonnere på jobbmail på aetat.no.»

Slik jeg forstår vedtaket 8. juni 2006, synes det nærliggende å legge til grunn at verken Aetat Bergen eller Aetat klage- og ankekontoret anså de aktivitetskrav A fikk i møtet 7. juni 2005 som forskriftsmessige pålegg i henhold til dagpengeforskriften § 4-1. I tillegg til at A tilsynelatende verken fikk oppgitt Aetats hjemmel for de krav som ble stilt ham, eller fikk kopi av «aktivitetsplanen» viser jeg særlig til at vedtaket 8. juni 2006 heller ikke kommenterer hvorledes A fulgte opp/ikke fulgte opp de krav som ble stilt ham i møtet 7. juni 2005.

De krav som Aetat Bergen stilte til A i møtet 7. juni 2005 kan vanskelig anses som pålegg i henhold til dagpengeforskriften § 4-1 som kunne sanksjoneres med bortfall av ventestønad om de ikke ble fulgt opp. A fikk verken oppgitt lov- eller forskriftshjemmelen for de krav som ble stilt til ham eller mottok noe dokument hvor disse kravene fremgikk. Aetat Bergen synes ikke i tiden etter møtet 7. juni 2005 å ha fulgt opp A i forhold til de krav som skal ha blitt stilt til ham da. Vedtaket fra Aetat Bergen 16. juni 2005 om «gjenopptak av stønadperiode» hvor vilkårene han måtte oppfylle for å få utbetalt dagpenger ble angitt slik:

«Utbetaling av dagpenger skjer etter anvisning fra Aetat så lenge du opprettholder meldeplikten som arbeidssøker og vilkårene i loven er oppfylt.»

Kravene som ble stilt til A i møtet kan vanskelig anses som pålegg i henhold til dagpengeforskriften § 4-1 som kunne sanksjoneres med bortfall av ventestønad om de ikke ble fulgt. Jeg går derfor ikke nærmere inn på om det var urimelig av Aetat Bergen i møtet 7. juni 2005 å stille krav til A om å søke 20 jobber innen 8. juli 2005.

Etter det som fremgår av saksdokumentene hadde A heller ikke fått noe pålegg i henhold til dagpengeforskriften § 4-1 om å registrere seg med eget

navn på aetat.no. Det synes da ikke å være i samsvar med sanksjonsregelen i forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-3 annet ledd jf § 10-2 nr 3 å ta med i betraktningen av om A fortsatt var «reell arbeidssøker» etter at han ikke kom til møtet han var innkalt til 12. desember 2005, at han kun hadde registrert seg som anonym på aetat.no og at han ikke ønsket å endre denne statusen.

Jeg har påpekt enkelte forhold som gir grunnlag for tvil om vedtaket om bortfall av ventestønad var fattet på et riktig rettslig grunnlag. NAV Klage og anke Sør bes derfor om å behandle denne saken på nytt.»

## 42.

### **Virkningstidspunkt for tilståelse av rehabiliteringspenger – veiledningsplikt/ informasjonsansvar**

(Sak 2007/593)

*Saken gjelder trygdens veiledningsplikt og informasjonsansvar. På Aetats anbefaling søkte A om uførepensjon. Trygdens organer var ikke enig i Aetats uttalte oppfatning om at A oppfylte vilkårene for å få uførepensjon. Likevel tok verken trygdekontoret eller fylkestrygdekontoret kontakt med A for å informere henne om at Aetats anbefaling ikke var rettslig holdbar før uførepensjonssøknaden ble avslått.*

*Ombudsmannen mente veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 innebærer at trygdekontoret umiddelbart etter å ha mottatt søknaden om uførepensjon skulle ha tatt kontakt med A for å rette opp i Aetats feil ved å forklare A at Aetats anbefaling ikke kunne forstås slik at det var sikkert at hun kvalifiserte for uførepensjon. Ombudsmannen ba Arbeids- og velferdsdirektoratet om å se på saken på nytt og vurdere om det er noe som kan gjøres overfor A for å bøte på de feil som ble begått av Aetat og trygdekontoret.*

A arbeidet som renholder og fabrikkarbeider. Hun ble sykemeldt i april 1995 på grunn av psykiske plager og smerteplager. Hun mottok sykepenger i ett år og deretter rehabiliteringspenger frem til november 1997. Hun fremmet så krav om yrkesrettet attføring, og saken hennes ble 29. september 1997 overført til Aetat. Hun gjennomførte arbeidsutprøving/trening, hovedsakelig i 50 % stilling. Forsøk på attføring ble endelig avsluttet 30. august 2002. Ved brev fra Aetat Fredrikstad 2. oktober 2002, som ble sendt med kopi til A, ble saken hennes sendt tilbake til Fredrikstad trygdekontor. I dette brevet fra Aetat Fredrikstad het det blant annet:

«Viser til legeerklæring og rapport fra Fredrikstad Attføringssenter og til attføringssøker som skal søke om uføretrygd.

Etter en helhetsvurdering sendes saken tilbake til Trygdekontoret. Aetat kan ikke se at A kan nyttiggjøre seg noen former for tiltak. Etter test-

resultatene og fra Psykisk helsevern Østfold HF kan Aetat ikke se at søker har noe restarbeidsevne som kan utnyttes i det ordinære arbeidslivet på nåværende tidspunkt. Aetat anbefaler å søke 100 % uføretrygd.

Jfr. folketrygdloven § 11-6 er det ikke hensiktsmessig å fortsette attføringen på nåværende tidspunkt og sender saken tilbake til Trygdekontoret for vurdering av andre ytelser.»

A søkte så om uførepensjon. Hun fikk avslag av fylkestrygdekontoret i Østfold. Avslaget ble påanket, men stadfestet av Trygderetten i kjennelse 20. februar 2004. I Trygderettens kjennelse het det blant annet:

«Retten er av den mening at vilkåret i lovens § 12-5 om gjennomgått hensiktsmessig behandling og attføring ikke var oppfylt på vedtakstidspunktet. I følge uttalelsen fra Psykisk helsevern HF var A fortsatt i behov av behandling og hun startet i oktober 2002 i en terapigruppe ved poliklinikken. Etter rettens mening bør det samtidig med, eventuelt etter at den medisinske behandlingen er avsluttet, også vurderes om det skal iverksettes ytterligere attføringstiltak. Det vises i denne forbindelse til uttalelsen fra Fredrikstad attføringssenter hvorav det fremgår at A fungerte tilfredsstillende da hun var der.

På bakgrunn av at behandlings- og attføringskravet ikke var oppfylt på vedtakstidspunktet, kan det ikke fastslås om det på vedtakstidspunktet forelå en varig medisinsk lidelse som hadde medført en varig funksjonsnedsettelse av en slik art og grad at den utgjorde hovedårsaken til en eventuell nedsatt inntektsevne. Heller ikke kan det fastslås om evnen til å utføre inntektsgivende arbeid var nedsatt med minst halvparten. Vilråene i lovens §§ 12-6 og 12-7 anses ikke oppfylt på vedtakstidspunktet.

Retten viser for øvrig til ytelser som kan være relevante under medisinsk behandling og attføring, og til ordningen med tidsbegrenset uføretrygd i enkelte tilfeller.»

Deretter fremmet A krav om rehabiliteringspenger. Fredrikstad trygdekontor innvilget kravet, virkningstidspunktet ble satt til 1. januar 2004. Virkningstidspunktet ble begjært omgjort, slik at tilståelsen av rehabiliteringspenger ble gitt virkning fra 1. desember 2002. Fylkestrygdekontoret i Østfold stadfestet virkningstidspunktet 1. januar 2004. I Trygderetten kjennelse 18. november 2005 ble fylkestrygdekontorets vedtak opprettholdt. A anmodet så om gjenopptakelse av uførepensjonssaken, men anmodningen ble endelig avslått i Trygderettens kjennelse 27. oktober 2006.

I klagen hit ble det blant annet anført at «trygdens organer (Aetat)» hadde gitt misvisende opplysninger, og at dette var årsaken til at A ikke søkte om rehabiliteringspenger tidligere. Rettshjelper B mente at Fredrikstad trygdekontor hadde brutt sin veiledningsplikt ved ikke å veilede A til å søke om rehabiliteringspenger i stedet for uførepensjon, og at A «åpenbart trengte bistand fra trygdeetaten».

Fristen for å klage til ombudsmannen er i utgangspunktet ett år regnet fra forvaltningens endeli-

ge avgjørelse i saken, jf. ombudsmannslovens § 6 tredje ledd. På grunn av den nære sammenheng i de faktiske forhold i Trygderettens to kjennelser i dette sakskomplekset, ble det likevel besluttet å undersøke nærmere den delen av saken som var behandlet i Trygderettens kjennelse 18. november 2005 og som gjaldt virkningstidspunktet for tilståelse av rehabiliteringspenger.

Etter den oppfatning Aetat Fredrikstad ga uttrykk for i brevet 2. oktober 2002 til Fredrikstad trygdekontor om As manglende mulighet for å delta i det ordinære arbeidslivet, syntes det umiddelbart forståelig at A begrenset sin søknad til kun å gjelde uførepensjon. I brev herfra 21. juni 2007 til Arbeids- og velferdsdirektoratet ble det også lagt til grunn at Fredrikstad trygdekontor ved den forberedende behandlingen av As søknad 19. november 2002 om uførepensjon var kjent med Aetats klare anbefaling til henne om å søke uførepensjon. Det ble derfor bedt opplyst hvilken betydning Fredrikstad trygdekontor tillia innholdet i Aetats brev 2. oktober 2002 ved behandlingen av As søknad, som bare gjaldt uførepensjon. Det ble også bedt om direktoratets syn på om trygdekontoret handlet i strid med sin veilednings- og undersøkelsesplikt, jf. folketrygdloven § 21-1 jf. forvaltningsloven § 11 og § 17, ved ikke å undersøke nærmere om det ville være et alternativ for A også å søke andre trygdeytelser, siden det var trygdekontorets oppfatning at hun til tross for Aetats anbefaling fortsatt ikke fylte vilkårene for å få innvilget uføretrygd.

I Arbeids- og velferdsdirektoratet svarbrev het det blant annet:

«Det er en rekke vilkår som må være oppfylt for at uførepensjon kan innvilges. Et av vilkårene er at hensiktsmessig attføring skal være gjennomført eller forsøkt gjennomført, jf. folketrygdloven § 12-5. Tidligere Aetat hadde ansvar for å vurdere om (ytterligere) attføring var hensiktsmessig eller ikke, mens trygdeetaten skulle vurdere om de øvrige vilkårene i folketrygdloven kapittel 12 var oppfylt og fatte vedtak. Det ble derfor ansett som lite heldig at Aetat anbefalte bruker å søke om uførepensjon. Dette kunne lett skape forventinger hos bruker om at vedkommende hadde rett til ytelsen, noe som ikke alltid var tilfelle fordi trygdeetaten i sin vurdering kom til at de øvrige vilkårene ikke var oppfylt.

Det fremgår av trygdekontorets saksfremstilling (...) at det har bygd sin vurdering av attføringsvilkåret på Aetats brev av 02.10.02 og den vedlagte sluttrapporten fra Fredrikstad attføringssenter AFT (...). Trygdekontoret har konkludert med at attføringsvilkåret var oppfylt. Ved denne vurderingen har trygdekontoret lagt avgjørende vekt på opplysningene fra Aetat.

Trygdekontoret fant imidlertid ikke at sykdomsvilkåret i folketrygdloven § 12-6 og det ervervsmessige vilkåret i § 12-7 var oppfylt, og ble derfor innstilt på at kravet skulle avslås.»

Til spørsmålet om trygdekontorets veilednings- og undersøkelsesplikt uttalte direktoratet blant annet:

«A var 35 år da saken ble tilbakeført fra Aetat til trygdeetaten i oktober 2002. Hun hadde på det tidspunktet vært sykemeldt og under behandling og/eller attføring i over 7 år. Hun mottok rehabiliteringspenger/attføringspenger etter en uføregrad på 100 % fra 23.04.96 - 28.02.01. Fra 01.03.01 mottok hun attføringspenger etter en uføregrad på 50 %. (...).

Arbeids- og velferdsdirektoratet vil vise til brev fra Aetat til A datert den 23.01.01 og 25.01.01 der det ble opplyst at hennes sak er tilbakeført til trygdekontoret med 50 %. Det ble uttrykkelig gitt beskjed om at hun selv måtte ta kontakt med trygdekontoret for vurdering av andre ytelser. (...). For resterende 50 % skulle hun fortsatt være under yrkesrettet attføring.

I brev av 02.10.02 (...) konkluderte imidlertid Aetat med at det likevel ikke var hensiktsmessig å fortsette attføringen. De anbefalte at hun søkte uførepensjon, og hele saken ble tilbakeført til trygdeetaten for vurdering av andre ytelser. Vedlagt brevet fulgte en sluttrapport fra Fredrikstad attføringscenter APS, der det fremgår at A hadde fungert godt i store perioder av utprøvningsperioden, men at tilstanden hadde blitt forverret den siste tiden. Det er også vedlagt en kort uttalelse fra DPS Fredrikstad Poliklinikk. I denne opplyses det at A var under behandling ved DPS Fredrikstad Poliklinikk. Avslutningsvis uttales det: 'Imidlertid er det å håpe at hun kan komme tilbake i jobb på et senere tidspunkt og en uføretrygd behøver ikke å være evigvarende for henne.'

Etter anbefaling fra Aetat fremsatte A søknad om uførepensjon, mottatt ved trygdekontoret den 19.11.02.

Trygdekontoret forela uføresøknaden for rådgivende overlege for vurdering av det medisinske vilkåret. Etter hans vurdering var dette ikke oppfylt og han tilføyde at vurderingen fra DPS Fredrikstad Poliklinikk som var skrevet av psykiatrisk sykepleier, ikke kunne erstatte en legeklaring. Trygdekontoret la dette til grunn og innstilte på at kravet skulle avslås. Ved vedtak av 24.02.03 avslø fylkestygdekontoret kravet om uførepensjon. Begrunnelsen var at det ikke var dokumentert at A hadde fått sin arbeidsevne varig nedsatt med minst halvparten på grunn av varig sykdom. (...).

Det er en uttalt målsetting at NAV lokal trygd gjennom veiledning og oppfølging skal bidra til at bruker får rett ytelse til rett tid, og det skal legges vekt på de spesielle forholdene i den enkelte sak når behovet for veiledning og oppfølging blir vurdert. Det er imidlertid brukeren selv som må sette frem et krav.

Arbeids- og velferdsdirektoratet mener som sagt at en anbefaling fra Aetat om å søke en ytelse er uheldig da det kan skape forventninger om innvilgelse av kravet. En mulig anbefaling, kan etter vår oppfatning likevel ikke bli tillagt den konsekvens at det har blitt gitt misvisende informasjon.

I denne saken finner vi at A forut for uførekavet hadde fått tilstrekkelig opplysninger om at hun etter avsluttet attføring selv måtte ta kontakt med trygdekontoret for vurdering av andre ytelser. Denne informasjon ble gitt skriftlig av Aetat den 21.02.00 og ved overføring av saken 50 % i januar 2001 og må forutsettes kjent også ved overføringen i 2002. [...].

Arbeids- og velferdsdirektoratet finner det ri-

melig å forvente at A på grunn av sin lange kontakt med trygdeetaten og Aetat var kjent med mulighetene for å søke om andre ytelser til livsopphold. Ved usikkerhet om sine rettigheter, burde hun ha tatt kontakt med trygdekontoret for nærmere informasjon både ved overføringen i 2001 og deretter i 2002.

Når det gjelder spørsmålet om trygdekontoret på eget initiativ skulle ha gitt veiledning om muligheten til å sette fram krav om rehabiliteringspenger, finner Arbeids- og velferdsdirektoratet at trygdekontoret hadde rimelig grunn til å forutsette at A kjente til mulighetene for å søke slik stønad. Dette både på grunn av at hun tidligere hadde mottatt rehabiliteringspenger og på bakgrunn av informasjon fra Aetat om å kontakte trygdekontoret dersom hun hadde behov for orientering om andre ytelser.

---

Etter Arbeids- og velferdsdirektoratets oppfatning skal trygdekontor være tilbakeholdne med aktivt å tilrå at brukere søker om bestemte ytelser og vi kan ikke se at trygdekontoret i denne saken har brutt sin veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Det må kunne forutsettes at A hadde tilstrekkelig kunnskap om sine muligheter til å søke om rehabiliteringspenger dersom hun ønsket det.

Arbeids- og velferdsdirektoratet bestrider ikke at trygdekontoret kunne ha veiledet bedre, men vi anser ikke at det foreligger brudd på veiledningsplikten etter forvaltningsloven §§ 11 og 17, jf. folketrygdloven § 21-1.»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 og undersøkelses- og informasjonsplikten etter forvaltningsloven § 17 gjelder fullt ut for trygdekontorene (nå NAV lokal), jf. folketrygdloven § 21-1. Når et medlem av folketrygden, «en bruker», henvender seg til et trygdekontor (nå NAV lokal/NAV trygd) med et antatt krav på økonomiske ytelser fra trygden har NAV plikt etter forvaltningsloven § 11 til blant annet å orientere og veilede om hvilke ytelser som det eventuelt kan være aktuelt å søke om. Arbeids- og velferdsdirektoratet har også fremholdt i brevet hit at det er «en uttalt målsetting at NAV lokal trygd gjennom veiledning og oppfølging skal bidra til at bruker får rett ytelse til rett tid, og [at] det skal legges vekt på de spesielle forholdene i den enkelte sak når behovet for veiledning og oppfølging blir vurdert». Som Arbeids- og velferdsdirektoratet er inne på her, vil de konkrete faktiske forhold i den enkelte trygdesak være avgjørende for hvor langt veilednings-/undersøkelsesplikten rekker i den enkelte sak.

I brevet 2. oktober 2002 fra Aetat Fredrikstad til Fredrikstad trygdekontor, som ble sendt med kopi til A, het det som alt sitert foran:

«Aetat [kan] ikke se at søker har noe restarbeidsevne som kan utnyttes i det ordinære arbeidslivet på nåværende tidspunkt. Aetat anbefaler å søke 100 % uføretrygd. Jfr. folketrygdloven § 11-6 er det ikke hensiktsmessig å fortsette attføringen på



nåværende tidspunkt og sender saken tilbake til Trygdekontoret for vurdering av andre ytelser.»

Etter det som fremgår av saksdokumentene hadde A tidligere mottatt rehabiliteringspenger i 1996/1997 og så attføringsstønad frem til og med august 2002. Det kan derfor vanskelig være tvil om at hun, da hun høsten 2002 søkte om 100 % uførepensjon, visste om hvilke trygdeytelser som kan være aktuelle for personer som av helsemessige årsaker er arbeidsudyktige for et kortere eller lengre tidsrom. Det sentrale spørsmål i denne saken er derfor ikke hvorvidt A i forbindelse med sin søknad i november 2002 hadde behov for og burde fått veiledning om vilkårene for å ha rett til rehabiliteringspenger. Spørsmålet er snarere om den anbefaling/oppfordring som faktisk ble gitt i brevet fra Aetat 2. oktober 2002 var egnet til å gi henne en berettiget forventning om at hun per oktober 2002 oppfylte folke-trygdlovens vilkår for å ha rett til uførepensjon.

Jeg kan vanskelig se at Aetat Fredrikstads brev til A henholdsvis 21. februar 2000, 23. og 25. januar 2001, som ble trukket frem i Arbeids- og velferdsdirektoratets brev hit, kan tillegges nevneverdig vekt ved vurderingen av As gode tro i denne sammenheng. Den primære informasjonen i disse tre brevene var at hun selv måtte sørge for å ta kontakt med Fredrikstad trygdekontor for (søknad/vurdering/utredning av) andre ytelser enn attføringspenger. Ved søknaden 19. november 2002 tok hun kontakt med Fredrikstad Trygdekontor. Aetat Fredrikstad gikk utover sin kompetanse med anbefalingen i brevet 2. oktober 2002. Slik anbefalingen var formulert, fremsto den helt uten forbehold for Aetats begrensede kompetanse i forhold til spørsmål om tilståelse av uførepensjon. Det er derfor fullt ut forståelig at A i god tro oppfattet brevet 2. oktober 2002 slik at Aetat Fredrikstads anbefaling var basert på en lovmessig vurdering av at hun oppfylte *samtlig*e vilkår for å ha rett til uførepensjon. Jeg kan følgelig vanskelig se at saken gir grunnlag for å bebreide A at hun ikke forhørte seg nærmere med trygdekontoret i forbindelse med sin søknad om uførepensjon.

Arbeids- og velferdsdirektoratet uttalte i brevet [hit] at «en anbefaling fra Aetat om å søke en ytelser er uheldig da det kan skape forventninger om innvilgelse av kravet». Anbefalingen var ikke bare «uheldig» ved at den ga A grunn til å forvente at hun ville få innvilget søknaden sin. Anbefalingen var også «misvisende» ved at den ga A grunn til å innrette seg på at det kun var uførepensjon som det var aktuelt å søke om. Dermed førte Aetats anbefaling til at A ikke hadde noen oppfordring til på eget initiativ å ta kontakt med Fredrikstad trygdekontor for å avklare om det var andre ytelser som det kunne være aktuelt for henne å søke på.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har fremholdt at «trygdekontor [skal] være tilbakeholdne med aktivt å tilrå at brukere søker om bestemte ytelser». Dette er riktig nok, og Fredrikstad trygdekontor skulle ik-

ke aktivt ha anbefalt A å søke rehabiliteringspenger. Fredrikstad trygdekontor burde imidlertid ha sørget for å rette opp den feil Aetat Fredrikstad begikk ved uten forbehold å anbefale A å søke uførepensjon i brevet 2. oktober 2002. I brevet hit har Arbeids- og velferdsdirektoratet erkjent at «trygdekontoret kunne ha veiledet bedre». Etter min oppfatning innebærer veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11 at trygdekontoret i dette tilfellet umiddelbart etter å ha mottatt søknaden om uførepensjon *skulle* ha tatt kontakt med A og forklart henne at Aetat Fredrikstads anbefaling ikke kunne forstås slik at det var sikkert at hun kvalifiserte for uførepensjon. Det synes også i strid med Arbeids- og velferdsdirektoratets uttalte målsetting i brevet hit om at «NAV lokal trygd gjennom veiledning og oppfølging skal bidra til at bruker får rett ytelse til rett tid» at Fredrikstad trygdekontor ikke fulgte opp As søknad om uførepensjon på denne måten.

Jeg ber derfor om at Arbeids- og velferdsdirektoratet ser på saken på nytt og vurderer om det er noe som kan gjøres overfor A for å bøte på de feil som ble begått av Aetat Fredrikstad og Fredrikstad trygdekontor. Dette fordi disse feilene synes å ha ledet til at hun i hele 2003, ble uten andre trygdeytelser som hun kunne hatt krav på, selv om hun da ikke hadde krav på uførepensjon.»

#### 43.

#### Beregning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn

(Sak 2007/691)

*Spørsmålet om utrekning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn når den tilskotspliktige er lønns-mottakar i selskap som han eig aksjar i, blei tatt opp i ei sak som tilskotsmottakaren klaga til ombodsmannen.*

*Ombodsmannen meinte at NAV Klage og anke ikkje hadde gjort ei grundig nok vurdering av spørsmålet om skjønnsfastsetjing av inntekt. Det var ikkje opplyst i saksdokumenta kor stor del av selskapa tilskotspliktige har kontroll over, i kor stor grad han sjølv kunne bestemme om utbytte skulle takast ut, og det var ikkje gjort nærare undersøkingar av selskapas rekneskap. Denne informasjonen var vesentleg ved vurdering av spørsmålet om skjønnsfastsetjing.*

A, tilskotsmottakar, søkte om endring av tilskot tilbake i tid. Ho viste til at den tilskotspliktige hadde hatt vesentleg større inntekt enn det som blei lagt til grunn ved førre fastsetjing av tilskot.

Trygdekontoret endra tilskotet til 5 390 kr per måned frå og med månaden etter at søknad om endring blei sett fram. Tilskotsmottakaren klaga på avslaget om endring tilbake i tid. Den tilskotspliktige klaga på vedtaket og la ved uttale frå revisor om framtidig inntekt.

Ved oversendinga av saka til fylkestrygdekontoret skreiv trygdekontoret:

«Bidragspliktig er aksjonær både i Y A/S og X A/S. ... Det er oppretta eit nytt aksjeselskap som har overteke aksjane som bidragspliktig hadde i Y A/S. Dette fører til at eventuelt utbytte frå Y A/S vert overført til det nye selskapet. Utbytte kan overførast frå selskap til selskap skattefritt. Bidragspliktig har likevel høve til å ta ut utbytte frå det nye selskapet, men må skatte av det.»

NAV Klage og anke (tidlegare fylkestrygdekontoret) reduserte tilskotet til kr 2 680 per måned i perioden desember 2005 til juni 2006, og deretter kr 2 210 per måned.

Arbeids- og velferdsetatens innkrevjingsentral avgjorde at for mykje utbetalt tilskot til tilskotsmottakaren (kr 34 870) skulle motreknast i framtidige tilskot.

Tilskotsmottakaren klaga hit over sakshandsaminga og fastsetjinga av tilskotet. Ho fann det urett at ho skulle bli økonomisk belasta med tilbakebetaling av tilskot, da ho heile tida hadde gitt riktige opplysningar om eigen økonomi. Det var urimeleg at storleiken på tilskotet blei endra tilbake i tid for henne, men ikkje for den tilskotspliktige.

NAV Klage og anke blei i brev herifrå bedt om å svare på om det blei vurdert å fastsetje tilskotet ut frå ei gjennomsnittleg berekning av inntekta til den tilskotspliktige, eventuelt kvifor det ikkje blei funne grunn til å gjere det. Det blei òg bedt opplyst om endringane 13. april 2007 i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 4 verka inn på denne saka.

NAV Klage og anke svarte mellom anna at tilskot skal fastsetjast på grunnlag av aktuell og framtidig inntekt, og at eldre inntekter utelukkande er interessante om dei gir eit riktig bilete av aktuell og framtidig inntekt. Vidare:

«NAV Klage og anke har i sin avgjørelse lagt til grunn at bidragspliktige er lønnsinntakere og at han i 2005 hadde ein personinntekt (lønnsinntekt) på kr 730 700. Han hadde ikkje netto positive kapitalinntekter i 2005. ...

Da bidragspliktige er lønnsinntakere har NAV Klage og anke funnet at beregningsgrunnlaget skal fastsettes på grunnlag av faktisk inntekt.

Gjennomsnittsberekening av inntekten skal, ifølgje retningslinjene gitt i direktoratets rundskriv, brukes i tilfeller der bidragspliktige er selvstendig næringsdrivende. Vi har vidare ikkje funnet grunnlag for å skjønnsfastsette inntekten, da vi ikkje kan se at bidragspliktige som daglig leder i et aksjeselskap kan sies å ha lavere inntekt enn inntektsevnen. Dette til tross for at han i noen av de siste årene, fram til og med 2004, har tatt ut varierende aksjeutbytte.»

Til spørsmålet om endringane i forskrifta § 4, blei det svart at NAV ikkje kunne sjå at desse fekk innverknad på denne saka, så lenge den tilskotspliktige blei likna som lønnsinntakere.

I nytt brev til ombodsmannen orsaka NAV Klage og anke at siste avsnitt i brevet hadde falt bort. Der sto det:

«NAV Klage og anke vil for øvrig beklage den lange saksbehandlingstiden, som har medført at summen av for mye utbetalt bidrag til bidragsmottaker ble unødig høy. Dette skyldes bl.a. innføring av nytt datasystem ved overgang til ny bidragsordning, og at det i den forbindelse oppsto uforutsette problemer med å få bidragene beregnet.»

Tilskotsmottakaren viste i brev til ombodsmannen mellom anna til at den tilskotspliktige tidlegare har blitt likna som sjølvstendig næringsdrivende. NAV Klage og anke svarte til dette at den tilskotspliktige «heile tiden har blitt liknet som lønnsinntakere, unntatt i 2002, da han også hadde næringsinntekt».

I brev herifrå blei NAV Klage og anke bedt om å gjere greie for forvaltninga sin plikt til å undersøkje tilskotspliktiges selskapsinntekt i saker der vedkommande eig aksjar i firmaet som er arbeidsgjevar. Det blei også spurt om NAV skulle ha bedt tilskotspliktige om å dokumentere driftsresultata i selskapa, eller om ei erklæring frå revisor var tilstrekkeleg for å dokumentere at det ikkje ville bli tatt ut utbytte.

Vidare blei det bedt om ei nærare utgreiing av spørsmålet om skjønnsfastsetjing av tilskotspliktiges inntekt, og om eigartilhøva i selskapa kan ha innverknad på vurderinga. Det blei òg spurt om vurderinga av om ein person har lågare inntekt enn inntektsevna tilseier, gjerast ut frå at lønnsinntekta er alminneleg god, eller om også denne vurderinga må gjerast ut frå kva personen tidlegare har hatt som inntekt i same stilling. Det blei også bedt vurdert om tilskotsmottakaren kan ha krav på erstatning på grunn av lang sakshandsamingstid «som har medført at summen av for mye utbetalt bidrag til bidragsmottaker ble unødig høy».

NAV Klage og anke gjorde i sitt svarbrev greie for plikten til å undersøkje tilskotspliktiges selskapsinntekt. Det blei også vist til at det er generalforsamlinga som avgjer om det skal delast ut utbytte, og at det ikkje alltid blir tatt ut utbytte sjølv om ei bedrift går med overskot. Så lenge NAV Klage og anke ikkje fant grunnlag for å fastsetje inntekta ut frå skjønn, blei det ikkje innhenta opplysningar om driftsresultatet i 2006.

Klage- og ankeinga kommenterte vidare spørsmåla herifrå om skjønnsfastsetjing av inntekt. Det blei vist til at tilskotspliktiges inntekt ikkje er lågare enn inntektsevna, sjølv om han har tatt ut aksjeutbytte eitt av dei siste åra. NAV Klage og anke meinte at forsørgingsplikta blir ivaretatt, og at vilkåra for å bruke skjønn ikkje er oppfylte.

Til slutt skreiv NAV Klage og anke:

«Ved at det endelige vedtaket reduserte bidraget tilbake til 01.12.05, ble for mye utbetalt bidrag til bidragsmottaker unødvendig høy. NAV Klage

og anke anser at bidragsmottakeren kan sette frem krav om erstatning på grunn av lang saksbehandlingstid.»

### Ved avslutninga av saka uttalte eg:

#### «1. Fastsetjing av inntekt

Etter barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 71 skal tilskotsfuten fastsetje tilskot til barn slik at

«fastsette utlegg til forsyting av barnet blir delte mellom foreldra etter storleiken på inntekta dei-  
ra. Tilskot skal som hovudregel fastsetjast på grunnlag av aktuell og framtidig inntekt. Inntekta til kvar av foreldra skal setjast til «personinntekt og positiv netto kapitalinntekt som overstig kr 10.000,- per år»,

jf. forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 4 første ledd.

I forskrifta § 4 andre ledd er det reglar om fastsetjing av inntekt når ein part har inntekt frå sjølvstendig næringsverksemd. I rundskriv 1. oktober 2002 nr. 71 frå Rikstrygdeverket (i kommentarane til § 4 andre ledd), heiter det:

«Selvstendig næringsdrivende omfatter personlig næringsdrivende og aktive eiere av selskap som omfattes av delingsmodellen etter skatteloven.»

Vidare:

«Varierer inntekten mye fra år til år, kan det være naturlig å kreve at det blir lagt fram skatteavregning eller selvangivelser for flere år slik at beregningsgrunnlaget kan bli fastsatt på bakgrunn av et gjennomsnitt.»

NAV Klage og anke har lagt til grunn at tilskotspliktige er lønsmottakar, da han er likna som det. Det er ikkje gjort nærare greie for at han da er det også i bidragssamanheng, men eg legg det til grunn, sjølv om NAV trygd har lagt til grunn at han er sjølvstendig næringsdrivande.

Eg kan likevel ikkje sjå at NAV Klage og anke har gjort ei grundig nok vurdering av spørsmålet om skjønnsfastsetjing av inntekt. I tilskotsforskrifta § 4 fjerde ledd andre punkt er det bestemt at inntekta skal fastsetjast etter skjønn når inntekta til ein part er vesentleg lågare enn det han eller ho burde oppnå ut frå utdanning og evner, utan at parten kan gi ein rimelig grunn til at inntekta ikkje er høgare (forskrifta slik ho tidlegare var).

Tilskotspliktige er aksjonær i X AS, og var tidlegare også aksjonær i Y AS. Tilskotspliktiges aksjar i Y AS blei overført til eit nyoppretta selskap, jf. overgangsregel E til skattereforma. Trygdekontoret (nå NAV trygd) viste i oversending til klage- og ankeininga til at tilskotspliktige har høve til å ta ut utbytte, men at han i så fall må skatte av det, noe som igjen kan føre til at ein personleg ikkje ønskjer å ta ut utbytte, men investere det vidare.

Det er ikkje opplyst i saksdokumenta kor stor del av selskapa tilskotspliktige har kontroll over, og i kor stor grad han sjølv kan bestemme om utbytte skal takast ut. Det er heller ikkje gjort nærare undersøkingar av selskapas rekneskap. Dette er informasjon som er vesentleg ved vurdering av spørsmålet om skjønnsfastsetjing. Eg viser her mellom anna til ombodsmannens fråsegn i årsmeldinga for 1999 side 212 og side 209. I denne saka har tilskotspliktige tidlegare år hatt svært varierende inntekter, og gjennomgåande høgare inntekt enn i 2005. Dersom tilskotspliktige framleis har høve til å ta ut utbytte, kan det vere eit moment for å fastsetje inntekta hans ved skjønn, jf. forskrifta § 4 fjerde ledd.

#### 2. Sakshandsamingstida

Sakshandsamingstida har, som NAV Klage og anke òg er inne på, ført til at beløpet tilskotsmottakaren må betale tilbake (for mykje motteke tilskot) har blitt unødig høgt. Eg har merka meg at NAV Klage og anke har orsaka den lange sakshandsamingstida, og at det er vist til at tilskotsmottakaren kan fremje krav om erstatning på grunn av lang sakshandsamingstid.

#### 3. Konklusjon

Eg har kome til at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombodsmannslova 22. juni 1962 nr. 8 § 10 andre ledd, og ber derfor NAV Klage og anke om å vurdere saka på nytt i lys av merknadene over. Eg minner om at tilskotspliktiges uttale må innhentast, da han ikkje har vore part i saka for ombodsmannen.

Eg ber om at NAV Klage og anke orienterer meg om utfallet av den nye vurderinga, ved oversending av kopi av brev til tilskotsmottakaren.»

## Kommunal bolig, transportordning for funksjonshemmede

### 44.

#### Tildeling av kommunal bolig – spørsmål om venteliste, prioritering og saksbehandling

(Sak 2007/385)

*Saken gjaldt avslag på søknad om kommunal bolig, herunder spørsmål om venteliste, prioritering og saksbehandling.*

*Ombudsmannen hadde ikke grunnlag for rettslige innvendinger mot den tolkningen av forskriften og instruksjonen som var lagt til grunn. For så vidt gjaldt utformingen av avslag på søknad om kommunal bolig, var ombudsmannen enig med byråden i at det bør fremgå av vedtaket om en søker er prioritert eller ikke og at dette bør presiseres overfor bydelene.*

As søknad om kommunal bolig ble avslått av en bydel i Oslo. Vedtaket ble påklaget til Oslo kommunes klagenemnd, som opprettholdt bydelens avslag. Klagenemnda viste til at det var opplyst av bydelen at «det er mer enn 2 års ventetid på tre- og fireroms kommunale boliger. Det er da ikke en realistisk mulighet for at klager kan tildeles bolig innen 6 måneder. Det er følgelig ikke grunnlag for å prioritere klager på nåværende tidspunkt».

A brakte saken inn for ombudsmannen. Han viste blant annet til at han hadde vært i kontakt med boligkontoret flere ganger, men at han aldri var blitt prioritert.

Det ble funnet grunn til å ta saken opp med Oslo kommune, byråd for velferd og sosiale tjenester. I brev herfra ble det vist til forskrift 7. mai 2003 nr. 1895 om tildeling av kommunal bolig i Oslo kommune § 8 og tilhørende instruks punkt 8.1, som lyder slik:

«Bydelene bør kun prioritere søkere til boliger som det er en realistisk mulighet for at blir ledigstilt i nær fremtid, dvs. mindre enn 6 måneder frem i tid.»

Det ble bedt om en redegjørelse for denne retningslinjen og for hvilke hensyn som ligger til grunn for den. Videre ble det bedt redegjort for hvordan prioritering mellom søkere som fyller grunnkravene foretas, og for hvem som blir satt på venteliste. Sammenhengen mellom retningslinjen om seks måneder og en ventetid på to år ble bedt forklart.

Det ble også bedt om en redegjørelse for vurderingen som var gjort i henhold til forskriftens § 8 i denne konkrete saken, herunder om det var foretatt en vurdering av hvilke søkere som «synes å ha de mest påtrengende boligbehov», jf. § 8 annet ledd. Det ble bedt opplyst hvorvidt de som sto på venteliste, var prioritert, jf. forskriftens § 8. Det ble også stilt spørsmål om A var oppført på ventelisten.

I svaret til ombudsmannen redegjorde byråden for ordningen med kommunal bolig. Det ble vist til at det i utgangspunktet er den enkelte persons eget ansvar å skaffe seg bolig. Kommunen skal imidlertid i henhold til sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 3-4 medvirke til å fremskaffe boliger til vanskeligstilte, og har ansvar for å bistå personer som selv ikke klarer å skaffe seg bolig. Antallet vanskeligstilte boligsøkere er imidlertid langt høyere enn antallet ledige boliger, og det er derfor et mål at denne boligmassen rettes mot de mest vanskeligstilte boligsøkere. Det ble videre forklart at de som fyller grunnkravene i forskriften om kommunal bolig, ikke har *krav* på kommunal bolig.

Byråden forklarte at før vedtakelse av forskriften, var situasjonen slik at søkere som var tildelt bolig, opplevde å bli stående på venteliste i opptil tre år uten å ha mulighet til å vite når bolig kunne bli ledigstilt. Hovedhensynet bak retningslinjen i instruksens punkt 8.1 er dermed å unngå at søkere får vedtak om tildeling av kommunal bolig, men deretter

blir stående i flere år på venteliste før en aktuell bolig blir ledigstilt. Det ble vist til at det ikke kan anses for å være i tråd med god forvaltningsskikk at et vedtak ikke blir effektivt innen rimelig tid etter at det er fattet.

Byråden redegjorde også nærmere for prioritering mellom søkere som fyller grunnkravene. Prioritering er nødvendig når det er få kommunale boliger sammenlignet med antall søkere som fyller grunnkravene i forskriften. Det ble blant annet vist til at en søknad skal innvilges dersom vedkommende prioriteres etter forskriftens § 8 og aktuell bolig forventes ledigstilt innen 6 måneder. Søknaden skal avslås dersom søkeren ikke faller inn under en prioritert gruppe etter forskriftens § 8, eller hvis søkeren vurderes som prioritert etter § 8, men aktuell bolig ikke forventes ledigstilt innen 6 måneder. Nærmere regulering av hvordan prioriteringen skal foretas fremgår av instruksens punkt 8.1.

Det ble videre forklart at det bare er de som får innvilget søknad om kommunal bolig, som settes på venteliste. Disse søkerne fyller dermed grunnkravene i forskriften, er prioritert foran andre søkere som fyller grunnkravene, og har behov for en bolig som forventes å bli ledigstilt innen 6 måneder. Innvilgelse av en søknad innebærer derfor i første omgang å bli satt på venteliste. Byråden viste til at det kan skje at ventetiden øker underveis, for eksempel dersom en bolig som er forventet å bli ledig på et gitt tidspunkt, likevel ikke blir ledig (pga. oppussing, rehabilitering, stenging o.l.). Årsaken til ventetiden på to år i den aktuelle bydelen var at den i en periode fattet flere vedtak på store boliger enn det som viste seg å være tilgjengelig.

Byråden forklarte at bydelen i denne konkrete saken ikke fant grunnlag for å prioritere A etter forskriftens § 8, og at familien derfor ikke var satt på venteliste.

Enkelte bydeler avslår søknader om kommunal bolig bare med henvisning til at søkeren ikke kan prioriteres, da bolig ikke kan tildeles innen 6 måneder, jf. instruksens punkt 8.1. Det fremgår ikke av disse vedtakene hvilken vurdering som er foretatt med hensyn til øvrige vilkår for prioritering, jf. forskriftens § 8 og instruksens punkt 8.1. Til dette uttalte byråden:

«Det er min mening at det i vedtaket må foretas en vurdering i henhold til forskriften § 8 og instruksens punkt 8.1 første til fjerde ledd, dernest en vurdering av om aktuell bolig er ledig, jf. instruksens punkt 8.1. femte ledd.»

Byråden viste til at det i vedtaket må fremgå om vedkommende er vurdert som prioritert eller ikke, og at dersom søkeren ikke faller inn under en gruppe som skal prioriteres, skal søknaden avslås på dette grunnlaget. Byråden opplyste at byrådsavdelingen vil tilskrive bydelene og presisere dette.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Byråden har gitt en redegjørelse for regelverket for kommunal bolig, både når det gjelder prioritering og venteliste. Jeg har ikke grunnlag for å reise rettslige innvendinger mot den tolkningen av forskriften og instruksjonen som er lagt til grunn. For så vidt gjelder utformingen av avslag på søknad om kommunal bolig, er jeg enig med byråden i at det bør fremgå av vedtaket om vedkommende er prioritert eller ikke og at dette bør presiseres overfor bydelene.

I denne konkrete saken har byråden vist til at det er vurdert hvorvidt A skulle prioriteres etter forskriftens § 8. Da det ikke var grunnlag for å prioritere A etter denne bestemmelsen, ble han heller ikke satt på venteliste. Den konkrete vurderingen av om en søker skal prioriteres, beror på et skjønn, som ombudsmannen bare i begrenset grad kan overprøve. Den nærmere skjønnsmessige avveiningen har det ikke vært grunn til å undersøke herfra. Formålet med undersøkelsen her var å få belyst om kommunen hadde lagt til grunn en riktig forståelse av regelverket. Jeg finner å kunne la saken bero med den redegjørelsen som nå er gitt.»

## 45.

### Fylkeskommunal transportordning for funksjonshemmede – virkningstidspunkt for enkeltvedtak

(Sak 2006/1280)

*En bruker av en fylkeskommunal transportordning for funksjonshemmede fikk, etter klage, innvilget et tillegg for brukere som «bur meir enn 20 km fra administrasjonssenteret i eigen kommune». Han klaget hit over at tillegget ikke ble gitt fra søknadstidspunktet.*

*Ombudsmannen kom til at tillegget, slik fylkeskommunen hadde gjort, skulle utbetales fra vedtakstidspunktet, og ikke fra søknadstidspunktet. Det ble særlig lagt vekt på at transportordningen er en ikke lovfestet fylkeskommunal særordning, ordningens innhold og fylkeskommunens egen praksis.*

Klageren, som er blind og derfor godkjent som bruker under transportordningen for funksjonshemmede i Hordaland, søkte høsten 2005 sin bostedskommune om et årlig tillegg på kr 1 000, med den begrunnelse at han bor mer enn 20 km fra administrasjonssenteret i kommunen.

Fylkeskommunen, som har vedtakskompetanse både som førsteinstans og klageinstans, fattet vedtak om ikke å innvilge tilleggskvote på kr 1 000 per år til klageren. Det var i vedtaket ikke opplyst noe om klagerett og fremgangsmåte ved klage.

Etter klage fastholdt samferdselsavdelingen i fylkeskommunen sitt standpunkt, og oversendte saken

til fylkeskommunens klagenemnd, som tok klagen til følge.

Fylkeskommunen ved samferdselsavdelingen meddelte klagenemndas vedtak i brev til klagerens advokat, hvor det avslutningsvis ble uttalt:

«Tillegg til brukarkvoten på kr. 500,- vert sett inn på kortet til (klageren) 1. halvår 2006, medan restbeløpet på kr. 500,- vert sett inn 01.07.2006.»

Advokaten uttalte i brev til fylkeskommunen at klageren «søkte om tillegg til brukerkvoten i 2005 og skal således også ha etterbetalt tillegget for 2005». Fylkeskommunen svarte at «(d)et er frå dagen då klagen vart teken til følge at søkjaren kan få utbetalt tillegget, og det er sendt melding om at kr. 500,- vert sett inn på kortet. Me kan ikkje etterbetala tillegget for 2005».

Etter en del ytterligere korrespondanse med fylkeskommunen, brakte klagerens advokat saken inn for ombudsmannen. Advokaten anførte at fylkeskommunens praksis var i strid med forvaltningsloven og alminnelig forvaltningspraksis.

Saken ble i brev herfra forelagt klagenemnda i fylkeskommunen, hvor det ble stilt spørsmål vedrørende saksbehandlingen og virkningstidspunktet for klagenemndas vedtak i saken.

Klagenemnda besvarte spørsmålene i brev til ombudsmannen, og svaret ble deretter kommentert i brev hit fra klagerens advokat.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### « 1. Saksbehandlingen

Jeg tar til etterretning fylkeskommunens redegjørelse for de reglene som gjelder for saksbehandlingen i saker som denne, herunder reglene om kompetanse.

Videre tar jeg til etterretning fylkeskommunens uttalelse om at det «er blitt gjort ein feil i saksbehandlinga når det vart sendt melding om vedtak til søkjaren» og at det i vedtaket 20. januar 2006 skulle ha vært «opplyst om klagerett og dei tilhøyrande reglane som gjeld dette».

På bakgrunn av denne redegjørelsen, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene.

#### 2. Virkningstidspunkt for vedtaket

Utgangspunktet er at et vedtak skal iverksettes straks det er truffet, i henhold til det vedtaket selv bestemmer. Dette fremgår ikke eksplisitt av forvaltningsloven, men må antas å følge av forvaltningens myndighet til å treffe vedtak. Se også Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett (2. utgave 2002) s. 437. Det følger av vedtakskompetansen at forvaltningen må kunne bestemme når vedtaket skal iverksettes, med mindre virkningstidspunktet er fastsatt i lov eller forskrift.

Retningslinjer for transportordninga for funksjonshemma i Hordaland, gjeldende fra 1. juli 2005, regulerer klagerens rettigheter i saken. Det fremgår av punkt 1 i retningslinjene at transportordningen er «eit ikkje lovfesta tilbod til innbyggjarar» i fylkeskommunen. Punkt 2 første ledd lyder slik:

«Innbyggjarar i Hordaland som på grunn av varig sjukdom eller funksjonshemming ikkje kan nytte det offentlege rutetilbodet, kan søkje om å bli godkjent som brukar av transportordninga.»

I punktene 3-6 er det gitt nærmere regler om slik godkjenning. I punkt 7 er det gitt regler om brukerkvoter. Det fremgår her at «(g)odkjente brukarar av transportordninga får inntil vidare tildelt» nærmere angitte kvoter «med omsyn til fritidsreiser». I punkt 7 tredje ledd er det gitt følgende bestemmelse:

«Brukarar som bur meir enn 20 km fra administrasjonssenteret i eigen kommune/bydel får eit tillegg på kr. 1.000,- pr. år.»

Jeg forstår retningslinjene slik at når en innbygger i fylkeskommunen er godkjent som bruker av transportordningen, har han automatisk rett til den aktuelle brukerkvoten og eventuelt tilleggskvoten for avstand på mer enn 20 km. Det skal således i utgangspunktet ikke treffes noe særskilt vedtak om kvote(r). En slik forståelse har fylkeskommunen lagt til grunn i brev 26. september 2006 til ombudsmanen, hvor det er uttalt:

«Dersom ein har rett på tilleggskvotar skal dette automatisk gjevast når ein vert godkjent som brukar.»

I denne saken var det imidlertid tvil om hvorvidt klageren hadde rett til tilleggskvoten. Samferdselsavdelingen i fylkeskommunen hadde i praksis lagt til grunn en annen forståelse av begrepet «administrasjonssenteret i eigen kommune» enn det klagenemnda kom til. Det var således klagenemndas vedtak 5. april 2006 som fastslo at klageren hadde rett til tilleggskvoten.

Det er ikke i klagenemndas vedtak bestemt fra hvilket tidspunkt klageren har rett til tilleggskvoten. Dette ble fastslått i senere brev fra samferdselsavdelingen til klagerens advokat som «dagen då klagen vert teken til følge» og opplyst at dette var en etablert praksis i fylkeskommunen. Også i fylkeskommunens brev 26. september 2006 hit er det lagt til grunn at «ein nyttar vedtakstidspunktet som utgangspunkt for iverksetjing». Her gir fylkeskommunen uttrykk for at datoen for samferdselsavdelingens vedtak 20. januar 2006 om avslag på klagerens søknad om tilleggskvoten, skal legges til grunn for iverksetting av (det senere) vedtaket om innvilgelse av tilleggskvoten. Hva som er begrunnelsen for dette, er uklart. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på det, da det ikke har noen innvirkning på

sakens utfall, idet klageren uansett får utbetalt tilleggskvoten for hele 2006.

Reelle hensyn taler for fylkeskommunens standpunkt om å legge til grunn datoen for (det endelige) vedtaket som virkningstidspunkt. Transportordningen for funksjonshemmede er ikke lovpålagt. Fylkeskommunen står derfor fritt og kan utforme ordningen slik den finner det hensiktsmessig. Jeg legger også vekt på fylkeskommunens praktisering av vilkåret for tilleggskvoten, og den tolkningstilsvil som hersket omkring uttrykket «administrasjonssenteret» inntil klagenemnda fattet sitt vedtak i denne saken. Det var dette vedtaket som avklarte rettstilstanden. Retningslinjene for transportordningen er for øvrig senere endret på dette punktet, med virkning fra 1. juli 2006, slik at det samsvarer med fylkeskommunens praksis. Uttrykket «administrasjonssenteret i eigen kommune/bydel» er erstattet med uttrykket «næraste servicesenter (post/butikk etc)». Denne endringen tydeliggjør det som er formålet med ordningen, og som må antas å ligge til grunn for fylkeskommunens praktisering av retningslinjene før endringen av disse; at brukeren skal få økonomisk støtte til reiser for å oppsøke nærmeste postkontor, butikk m.v.

Måten transportordningen er organisert på, viser at den skal dekke funksjonshemmedes løpende behov for reiser som kommer inn under ordningen, ved bruk av såkalt TT-kort, jf. retningslinjenes punkt 8. En etterbetaling av tidligere påløpte utgifter til slike reiser ville bryte med denne organiseringen, og må bygge på erstatningsrettslige prinsipper. En etterbetaling i denne saken ville for øvrig innebære en forskjellsbehandling i forhold til andre brukere av transportordningen i fylket, som i likhet med klageren bor mer enn 20 km fra administrasjonssenteret i kommunen, men nærmere enn 20 km fra nærmeste servicesenter (post/butikk etc).

På denne bakgrunn finner jeg ikke grunnlag for å kritisere fylkeskommunens standpunkt om at tillegget til brukerkvoten skal betales for 2006, men derimot ikke for 2005.

### 3. Konklusjon

Jeg tar til etterretning fylkeskommunens redegjørelse for den saksbehandlingen som har funnet sted.

Jeg finner ikke grunnlag for å kritisere fylkeskommunens standpunkt om at tillegget til brukerkvoten skal utbetales med virkning fra vedtakstidspunktet, dvs. fra 2006.»

## Helserett, psykisk helsevern, sykehjem, rusinstitusjon

### 46.

#### Rutiner for svar på henvendelser og foreløpig svar ved St. Olavs hospital

(Sak 2006/1859)

*Pasientombudet i Nord-Trøndelag klaget til ombudsmannen over lang saksbehandlingstid ved henvendelser til St. Olavs hospital og over at sykehuset ved en rekke anledninger heller ikke sendte foreløpig svar i henhold til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a.*

*Sykehuset erkjente at tidligere rutiner for å gi foreløpig svar ikke hadde vært gode nok og beklaget at flere klagere ikke hadde fått svar innen rimelig tid. Det ble redegjort for nye og forbedrede rutiner som var innført med sikte på å sørge for en forsvarlig behandling av klagesaker og andre henvendelser. Ombudsmannen ga uttrykk for at det var beklagelig at tidligere henvendelser fra pasientombudet og andre ikke hadde resultert i noen varig forbedring. Han forutsatte at sykehuset aktivt ville følge opp de nye rutinene og etterlevelsen av disse i praksis.*

Pasientombudet i Nord-Trøndelag klaget til ombudsmannen over mangelfulle saksbehandlingsrutiner ved St. Olavs hospital i Trondheim. Det ble vist til at saksbehandlingstiden i mange tilfeller var lang og at det måtte purres flere ganger for å få svar fra sykehuset. Ifølge pasientombudet var det ved en rekke anledninger heller ikke sendt foreløpig svar i henhold til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a. Pasientombudet opplyste at det hadde tatt opp forholdene med sykehusets administrasjon en rekke ganger, både i konkrete saker og i andre muntlige og skriftlige henvendelser til administrasjonen og enkelte sjefsleger. Sykehuset skulle ha lovet forbedringer uten at det etter pasientombudets oppfatning har hatt ønsket effekt.

Pasientombudet ga uttrykk for at anmodninger fra sykehusets ledelse til de enkelte klinikker om å svare innen fastsatte frister ikke ble etterkommet. Det ble anført at det foregikk systematiske brudd på forvaltningslovens bestemmelser ved sykehuset og pasientombudet etterlyste at det ble tatt et overordnet ansvar for å sørge for etterlevelse av forvaltningslovens bestemmelser.

I pasientombudets brev ble det anført at andre organisasjoner og personer også var frustrert over saksbehandlingen ved sykehuset. Det ble bl.a. vist til at Helsetilsynet i fylket hadde bedt Statens helsetilsyn om å vurdere reaksjoner mot sykehuset som følge av manglende eller sterkt forsinkede svar i tilsynssaker.

Forholdene ble tatt opp med St. Olavs hospital i brev herfra, og det ble bedt om sykehusets kommentarer til Pasientombudets anførsler. Det ble også stilt en rekke spørsmål vedrørende sykehusets saksbehandlingsrutiner.

I sykehusets svar hit het det bl.a.:

«Vi beklager på det sterkeste at flere som har klaget ikke har fått svar innen rimelig tid. Vi erkjenner at sykehusets rutiner på området ikke har vært gode nok. Sykehuset har ikke gjennomført effektive tiltak etter brev 6. juli 2006 fra Pasientombudet om saken. Dette er en situasjon som er uholdbar for sykehuset og vi må ta et krafttak for å oppnå varig forbedring.»

Sykehuset redegjorde deretter for tiltak som var iverksatt eller planlagt iverksatt for å behandle klager som mottas av sykehuset. Det het videre:

«Vi er nå i gang med et arbeid der tidligere mottatte klager gjennomgås. De som ikke er besvart innen frist, purres opp. Vi håper på denne måte å få ryddet opp i tidligere mangler.

Vi håper at systematisk arbeid og forbedrede rutiner vil medføre store forandringer. Sentral stab vil følge opp saksbehandlingstiden. Vi forventer at tiltakene beskrevet over vil løse situasjonen som beskrives i mottatte brev og at svarfrister i det videre vil overholdes.»

Pasientombudet kom med merknader til sykehusets svar og ga uttrykk for at de nye rutinene i hovedsak så «OK» ut. Det ble imidlertid påpekt at det syntes uklart hvilken instans ved sykehuset som skulle gi foreløpig svar og informasjon om når endelig svar vil foreligge. Pasientombudet anførte at dette måtte være ledelsens ansvar. Det ble også påpekt at det syntes uklart om endelig svar skulle sendes via direktøren eller direkte fra den aktuelle svarinstansen (klinikken). Ombudet antok videre at de nye rutinene vil gjelde alle slags henvendelser og ikke bare klagesaker.

Sykehuset kom deretter med kommentarer til det Pasientombudet hadde tatt opp:

«Det er fint at Pasientombudet finner våre rutiner tilfredsstillende. ...

Sykehusets ledelse tar ansvar for at foreløpig svar avgis.---

For å kunne svare så raskt som mulig, mener vi det er mest hensiktsmessig at svar sendes direkte fra klinikk. Direktørens stab vil imidlertid påse at svar blir gitt innen frister. Dette kan vi følge opp via vårt saksbehandlingssystem der alle brev, både inngående og utgående, arkiveres både fra klinikk og stab.

---

Rutinene gjelder både klagesaker og andre henvendelser.

Vi forventer at våre endrede rutiner vil føre til en raskere og mer ryddig saksbehandling.»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Utgangspunktet er at saker skal forberedes og avgjøres «uten ugrunnet opphold». Dette følger av for-

valtningsloven 10. februar 1967 § 11 a første ledd og alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling. Dersom det må ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal det snarest mulig gis underretning om dette med angivelse av grunnen, og så vidt mulig også meddeles når svar kan ventes. I saker som gjelder enkeltvedtak er det satt en uttrykkelig tidsfrist for å sende foreløpig svar. Slik melding skal i disse tilfellene sendes dersom «en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt», jf. forvaltningsloven § 11 a tredje ledd.

Jeg har merket meg at sykehuset erkjenner at rutinene for å gi foreløpig svar ikke har vært gode nok og at det på det sterkeste beklages at flere som har klaget ikke har fått svar innen rimelig tid. Beklagelsen synes å være på sin plass.

Det har fremkommet at det i mange tilfeller har vært lang saksbehandlingstid ved sykehuset og at det har fått negative konsekvenser bl.a. for saksbehandlingstiden i andre forvaltningsorganer og for pasienter, pårørende og andre som er avhengig av svar fra sykehuset. Undersøkelsen herfra har ikke avdekket i hvilket omfang dette har forekommet, og jeg kan derfor ikke uttale meg nærmere om det. Jeg har imidlertid merket meg at sykehusets ledelse erkjenner at situasjonen har vært uholdbar og at det vil tas et krafttak for å oppnå varig forbedring.

Sykehusets ledelse har opplyst at det nå er innført forbedrede rutiner for oppfølging av klagesaker og andre henvendelser. De nye rutinene er beskrevet i svaret hit og skal ha vært drøftet i et ledermøte kort tid forut for dette. Rutinene synes å være i samsvar med de kravene som følger av forvaltningsloven § 11 a og generelle prinsipper for god forvaltningsskikk. Jeg har merket meg at sykehusets ledelse har tro på at de tiltakene som er iverksatt vil løse problemene og at det tas ansvar for å følge opp saksbehandlingstiden og bruken av foreløpig svar. Videre har jeg merket meg at tidligere mottatte henvendelser gjennomgås med sikte på å rydde opp i tidligere mangler. Jeg forstår det også slik at sykehusets ledelse i fremtiden vil arbeide systematisk med de problemene som er avdekket, og på den måten legge til rette for stadige forbedringer.

Jeg er enig med sykehusets ledelse i at effektive tiltak burde ha blitt iverksatt tidligere. Det er beklagelig at tidligere henvendelser fra pasientombudet og andre ikke har resultert i noen varig forbedring. Jeg forutsetter at sykehuset nå aktivt vil følge opp de nye rutinene for å påse at de blir etterfulgt i praksis.

Ut over dette finner jeg å kunne la saken bero med de redegjørelser som er gitt i saken».

#### 47.

### Krav om retting og sletting av opplysninger i journal og klage på helsepersonell

(Sakene 2006/1640 og 2007/393)

*A klaget til ombudsmannen over flere avslag fra Helsetilsynet i fylket på krav om retting og sletting av opplysninger i hennes pasientjournal. Hun klaget også på Helsetilsynets vurdering av hennes klage på helsepersonell. Det ble herfra funnet grunn til å undersøke tilsynets behandling av to av vedtakene om endring av journal og klagen på helsepersonell.*

*Ombudsmannen kom blant annet til at Helsetilsynets begrunnelse knyttet til klagen på helsepersonell var mangelfull. Også begrunnelsene for avslagene på rettings- og slettingskravene var mangelfulle. Ombudsmannen presiserte på generelt grunnlag at Helsetilsynet også i møte med aktive klagere har plikt til å utføre sine oppgaver i tråd med gjeldende regelverk og utvise den hensynsfullhet og respekt som ligger i kravet til «god forvaltningsskikk».*

A har opplyst at hun har vært plaget med hode- og nakkesmerter siden 2004, som hun mener skyldes en ulykke hun var utsatt for på arbeidsplassen. Hun har hatt utstrakt kontakt med helsevesenet og en omfattende korrespondanse i forbindelse med flere klagesaker hos Helsetilsynet i fylket. Tilsynet behandlet blant annet 29. mars 2006 hennes klage på psykolog B og lege C ved X sykehus og fastlege D. Tilsynet fant ikke grunn til å gå videre med disse sakene. Den 7. juli 2006 avslo tilsynet As krav om retting og sletting av opplysninger i hennes journal ved Y legesenter.

A klaget til ombudsmannen over disse avgjørelsene (sak 2006/1640). Senere klaget hun over Helsetilsynets avgjørelse 6. februar 2007 om avslag på krav om retting og sletting av opplysninger i diverse legejournaler ved X sykehus (sak 2007/393). De to sakene er behandlet under ett.

A anførte i den første klagen at det var «begått feil og urett» mot henne, og hun var «sterkt uenig» i Helsetilsynets avgjørelser. Manglende etterlevelse av gjeldende retningslinjer for journalføring hadde etter hennes syn ført til at både helsevesenet og trykkesvesenet hadde behandlet henne ut fra feilaktige og mangelfulle opplysninger. Senere fremmet hun lignende anførsler i forhold til flere fremsatte krav om retting og sletting i pasientjournal, og opplyste at hun ikke fikk erstatning på grunn av mangelfullt eller feilaktig grunnlagsmateriale.

Saksdokumentene ble innhentet fra Helsetilsynet i fylket, og det ble besluttet å undersøke enkelte sider av sakene nærmere.

#### 1. Klage på helsepersonell ved X sykehus

As klage til Helsetilsynet på bl.a. psykolog B og lege C ble oppgitt å gjelde «konsultasjon jeg hadde ved X sykehus 01.12.04». A hadde blant annet en rekke an-



førsler knyttet til helsepersonellets fremgangsmåte og oppførsel under konsultasjonen. I Helsetilsynets avgjørelse var anførselene oppsummert slik:

«De mener at man har kommet til feil diagnose når man konkluderer med at Deres smerteproblemer er psykogent betinget. Videre mener De at fastlegen og X sykehus, ikke har gjort nok for å avdekke de virkelige somatiske årsaker til plage-  
ne Deres.»

Helsetilsynet konkluderte med at det ikke var «grunn til å gjøre videre undersøkelser gjennom tilsyn» mot det aktuelle helsepersonellet. I nytt brev anførte A at Helsetilsynets tolkning av klagen var gal, og presiserte bl.a. at klagen gjaldt «selv møtet med B og C» på sykehuset og hvordan hun «som pasient blir behandlet i møtet med helsepersonellet». I sitt svarbrev skrev Helsetilsynet at «uansett hvordan en klager formulerer hva han/hun klager på, så er det helsetilsynets oppgave ... å vurdere om en pasient har fått nødvendig helsehjelp, om tilbudet var forsvarlig samt om rettsikkerheten var i varetatt».

I brev herfra ble Helsetilsynet i fylket spurt om det var foretatt en vurdering av helsepersonellets opptreden under konsultasjonen, eventuelt hvordan saken ble utredet og hvorfor uttalelser fra helsepersonellet tilsynelatende ikke var innhentet. Videre ble det vist til følgende setning i tilsynets brev til A: «Det virker som om De heller ønsker å prøve Deres lykke med alternativ behandling». Helsetilsynet ble spurt om dette var en adekvat formulering.

I sitt svarbrev opplyste Helsetilsynet at saken ble vurdert som en klage i henhold til helsepersonelloven § 55. Ifølge tilsynet ble det vurdert «å avvise saken som en åpenbar grunnløs klage», men tilsynet valgte likevel å se på «hele behandlingen hun fikk ved ...klinikken samlet og vurdere om den helsehjelp A hadde fått, var i samsvar med faglig forsvarlighet jf. helsepersonelloven». I denne forbindelse ble helsepersonellets opptreden vurdert «som en del av hele saken». Det ble opplyst at saksbehandleren hadde hatt samtaler med psykolog B og lege C, og at tilsynet fant saken tilstrekkelig utredet uten å innhente skriftlige uttalelser fra helsepersonellet. Helsetilsynet uttalte at det er vanskelig for tilsynet å avklare «hva som faktisk skjedde under konsultasjonen». Om uttalelsen om «å prøve Deres lykke med alternativ behandling» skrev tilsynet:

«Helsetilsynet finner videre at formuleringen om alternativ behandling er helt adekvat. Den ble i hvert fall skrevet med en positiv intensjon. Vi anmoder Sivilombudsmannen om å ta også de etterfølgende setninger i brevet med i vurderingen. For det første var det A selv som opplyser at hun vil prøve alternativ behandling. Hennes klagebrev gjenspeiler likevel noe feilbaserte ideer om at hun har krav på henvisning til alternativ behandling, og på de somatiske betingelser som hun selv mener vil være relevant. Hennes fastlege har vært henne behjelpelig, men vi har ment å måtte gi henne rådgivning til hennes fordel.»

## 2. Krav om retting av journal ved Y legesenter

A ba Helsetilsynet om hjelp i forbindelse med et krav om korrigerende, sletting og tilføyelser i sin legejournal skrevet av lege E ved Y legesenter. Hun hadde forsøkt å ta spørsmålet opp med E uten å få svar, angivelig fordi han hadde permisjon fra sin stilling. Da hun tok spørsmålet opp med legesenteret, svarte lege F kortfattet i brev: «Jeg har ikke anledning til å gjøre endringer i legejournal». I sitt svarbrev til A ga tilsynet sin tilslutning til denne vurderingen og avsto hennes krav.

Ombudsmannen ba Helsetilsynet om å redegjøre for sitt syn på Fs rettslige adgang til å gjøre endringer i pasientjournalen. Det ble spurt om legesenteret v/F etter tilsynets oppfatning hadde behandlet kravet forsvarlig og hvorfor Helsetilsynet ikke hadde ansett det nødvendig å innhente uttalelse fra As tidligere fastlege, E. Ifølge Helsetilsynets svarbrev til A kunne tilsynet «på ingen måte se» at forandringene hun ønsket gjennomført «var vesentlige og/eller begrunner at journalen inneholder direkte feil». Det ble herfra spurt om Helsetilsynet også hadde vurdert om opplysningene i journalen var mangelfulle, jf. helsepersonelloven § 42, og hvorfor uttalelse fra Datatilsynet tilsynelatende ikke var innhentet.

Tilsynet svarte at rettingskravet gjaldt «de samme forhold som hun kom med i tidligere krav på retting og som etter Helsetilsynet i [fylket] gjelder irrelevante forandringer». Etter tilsynets oppfatning ville innhenting av særskilt uttalelse fra E ikke ført til noen annen konklusjon. Helsetilsynet vedgikk at F hadde rettslig adgang til å vurdere om journalen skulle rettes, og skrev følgende om behandlingen av kravet:

«Vi finner at hennes besvarelse av vår henvendelse var svært kortfattet og heller ikke helt dekkende. På bakgrunn av vårt kjennskap til hele saken, vurderte vi likevel at saken var tilstrekkelig opplyst til at vi kunne fatte et vedtak. Etter en konkret vurdering avsto vi As krav om retting i journalen ført av lege E.»

På spørsmål herfra om hvorfor det ikke var innhentet uttalelse fra Datatilsynet, svarte Helsetilsynet:

«Når det gjelder Datatilsynet innhentet vi vurdering derfra i forhold til spørsmålet om endring i journal fra ... legekantor. Datatilsynets uttalelse er av generell karakter og ga ikke føringer i forhold til saken. Blant annet av hensyn til saksbehandlingstiden fant vi det ikke hensiktsmessig å innhente ny uttalelse ved fremsetting av nytt krav fra As side.

Bestemmelsene i helsepersonelloven om innhenting av uttalelse fra Datatilsynet, er slik vi oppfatter det absolutt og vi vil derfor for ettertiden - til tross for at vi mottar standardiserte svar - innhente uttalelse derfra. For As klage kan vi ikke forstå at det har hatt betydning for resultatet i saken.»

### 3. Krav om retting og sletting av journaler - X sykehus

I sitt avslag på As krav om retting og sletting av en rekke opplysninger i sine journaler ved X sykehus skrev tilsynet:

«Helsetilsynet i [fylket] har gjennomgått de endringene som De ønsker å få gjort i Deres journal. Vi kan ikke se at disse er av en slik karakter at de er utilbørlige eller misvisende og således er egnet til å skade Deres omdømme».

Tilsynet ble herfra spurt om dette vurderingste-maet ble ansett dekkende ut fra ordlyden i helseper-sonelloven §§ 42 og 43, og bedt om å begrunne av-gjørelsen nærmere.

Helsetilsynet opplyste i svarbrevet at det i for-hold til spørsmålet om retting ble vurdert om opplys-ningene var feilaktige, mangelfulle eller utilbørlige og i forhold til spørsmålet om sletting, om opplys-ningene var feilaktige eller misvisende og i tillegg belastende for klageren.

A kom med en rekke merknader til Helsetilsy-nets svar. Hun presiserte at hennes klager til tilsynet ikke gjaldt hennes diagnoser, og anførte at «uansett diagnose skal pasienters klager tas til etterretning og behandles og vurderes ut fra både pasientrettighets-loven og helsepersonelloven». Hun avviste å ha be- nektet at «en psykogen komponent kunne være til stede» og at hun har vært motvillig til å gå til psyko- log. Hun skrev at tilsynets uttalelse om «å prøve De- res lykke med alternativ behandling», var «sårende og antyder lite forståelse i forhold til en vanskelig og smertefull helsetilstand».

Helsetilsynet hadde etter dette ingen ytterligere merknader.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Innledning

I sitt svarbrev til ombudsmannen innledet Helsetil- synet i [fylket] med følgende generelle redegjørelse:

«Angjeldende sak kjennetegnes gjennom en uoverkommelig diskrepans mellom As egen oppfatning av sin helse og hvordan helsevesenet vurderer hennes helsetilstand. Ved gjennomgang av dokumenter i denne sak har Helsetilsynet i [fylket] ikke kunnet komme til en annen konklusjon enn følgende; alle yrkesutøvere som har sett A i forbindelse med de aktuelle plager er enige i at hennes helseproblemer har sammenheng med en stor psykogen komponent. Selv benekter hun dette på det sterkeste og derfor kan hun ikke akseptere tilbudene om psykiatrisk behandling. Etter nøye vurderinger og etter en gjennomgang av journalmateriale har Helsetilsynet i [fylket] ikke funnet en eneste grunn for å tvile på konklusjonen fra noen av de involverte helsepersonell. Alle vurderinger av As helsetilstand som vi har sett, ble gjennomført forsvarlig og i tråd med god praksis og eksisterende kunnskap. Siden vi, i lik-

het med det behandlende helsepersonell, er over- bevist om at vedkommendes klagetendens er sykdomsrelatert har vi forsøkt å skrive svarbre- vene til henne kortest mulig istedenfor å gå inn på alle detaljer.

Sivilombudsmannen har uten tvil lagt merke til at A har krevd retting og sletting av veldig mye journalopplysninger hos flere yrkesutøvere. Hun krever for eksempel usedvanlig omfattende tilføyinger om hva hun skulle ha sagt under kon- sultasjoner. Omfanget og detaljeringsgrad som hun krever er på ingen måte i tråd med vanlig journalføringspraksis og i tillegg irrelevant for de medisinske vurderinger som ble gjort i saken. Det faktum at A klager over så mange og så mye forsterker etter vårt syn bare konklusjonen om at hun fortrenger en psykogen årsak og dermed ikke stiller seg åpen for en behandling fra det tradi- sjonelle helsevesenet. Det vil også være klart at hver ny klagebehandling forsterker klagerens be- nektelse av sakens kjerne som berører en vesent- lig psykisk problematikk og vi kan ut i fra da- gens medisinsk kunnskap ikke se at dette tjener vedkommendes helse.»

Det er en kjent sak at et stort antall klagerunder i forvaltningen kan være et resultat av og muligens forsterke en pasients psykiske helseproblemer. Jeg har forståelse for at slike pasienter kan skape vans- kelige dilemmaer for helsevesenet og helseforvalt- ningen, og at pasientene i noen grad vil kunne få svar som tar høyde for dette. Det bør imidlertid være en selvfølge at forvaltningen, også i møte med aktive klagere, utfører sine oppgaver i tråd med gjeldende regelverk og utviser den hensynsfullhet og respekt som ligger i kravet til «god forvaltningsskikk».

Om A tilhører denne pasientkategorien, har jeg ikke noen formening om. Tatt i betraktning at hen- vendelsen herfra ikke gjaldt spørsmålet om den me- disinske kvaliteten eller forsvarligheten av den hel- sehjelpen A har fått, fremstår imidlertid redegjørel- sen ovenfor som unødvendig eksplisitt og bastant i både form og innhold.

#### 2. Klage på helsepersonell ved X sykehus

2.1 Helsetilsynet har i svarbrevet hit gitt uttrykk for følgende:

«Formålet med tilsynsmyndighetenes behand- ling av klager etter helsepersonelloven § 55 er at kvaliteten på tjenestene skal bli bedre, øke sik- kerheten til pasientene og at tilliten til helsevese- net styrkes. Klagernes rett er begrenset til å bli opplyst om hva tilsynsmyndighetene har kom- met til. Denne retten mener vi er tilstrekkelig ivaretatt i denne saken.»

Jeg er enig i det generelle utgangspunktet om formålet med vurderinger av mulige pliktbrudd etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64. Etter mitt syn gir imidlertid Helsetilsynet i [fylket] uttrykk for en for snever forståelse av klagernes rettsstilling i slike saker.

Etter helsepersonelloven § 55 første ledd kan

den som mener at «bestemmelser om plikter fastsatt i eller i medhold av denne loven» er brutt til ulempe for seg, be Helsetilsynet om en vurdering av forholdet. I § 55 tredje ledd heter det at Helsetilsynet «skal vurdere de synspunkter som er fremsatt i anmodningen». Den eller de som har fremsatt en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd etter helsepersonelloven får ikke partsstilling i tilsynssaken, men har etter § 55 femte ledd rett til å få underretning om resultatet og en «kort begrunnelse» for dette. Hvilke krav som kan stilles til begrunnelsen i den enkelte sak, må vurderes konkret. Pasienten må imidlertid gis tilstrekkelige opplysninger til å kunne ivareta sine interesser, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998-99) side 198. Visse minstekrav må altså gjelde.

Et absolutt minstekrav må være at det rettslige grunnlaget for den vurderingen som er foretatt, fremgår av begrunnelsen. Hensynet til den enkelte pasient og i videre forstand også borgernes tillit til helsevesenet og tilsynsordningene tilsier at begrunnelsen også reflekterer hovedtrekkene i Helsetilsynets vurderinger. Begrunnelsen bør etter mitt syn utformes slik at det klart fremgår at Helsetilsynet har foretatt en selvstendig og forsvarlig vurdering av de sentrale problemstillingene i saken. Lovens § 55 tredje ledd om at Helsetilsynet «skal vurdere de synspunkter som er fremsatt i anmodningen» tilsier at begrunnelsen også bør berøre de mest sentrale anførselene i saken.

I denne saken er Helsetilsynets begrunnelse etter min oppfatning klart mangelfull. Den inneholder ingen henvisning til hvilket regelverk som er anvendt. Det fremgår at Helsetilsynet har foretatt en vurdering av om A har fått et tilstrekkelig og forsvarlig behandlingstilbud ved de aktuelle institusjonene. Det er imidlertid en påfallende mangel på samsvar mellom As anførsler, som i vesentlig grad knytter seg til helsepersonellens handlinger, utsagn og oppførsel under konsultasjonen ved X sykehus, og tilsynets begrunnelse. I svarbrevet hit skriver tilsynet at helsepersonellens opptreden under konsultasjonen ble «vurdert som en del av hele saken». At dette ikke fremgår, er en klar svakhet. A anførte i et senere brev til tilsynet at tolkningen av klagen var gal og presiserte at klagen gjaldt «selve møtet/konsultasjonen». At tilsynet heller ikke da ga uttrykk for at helsepersonellens opptreden var vurdert, er også beklagelig. Den frustrasjon A har uttrykt over dette, illustrerer nettopp at oppfyllelse av de minstekrav som kan stilles til begrunnelser er viktige for å opprettholde publikums tillit til forvaltningen.

I helsepersonelloven § 4 fremgår det at helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og «omsorgsfull hjelp» som kan forventes. I dette tilfellet ville det, i lys av As anførsler, vært naturlig å vurdere helsepersonellens fremgangsmåte opp mot plikten til å yte «omsorgsfull hjelp». En annen sak er at det er vanskelig for tilsynet å avklare hva som faktisk skjedde under konsultasjonen. Dette burde vært formidlet til klage-

ren i vedtaket, slik det nå er formidlet gjennom svarbrevet hit. Tilsynet synes for øvrig ikke å ha kommentert henvisningen til loven § 4 i ombudsmanens brev.

2.2 Helsetilsynet har i brevet hit oppgitt at saksbehandleren hadde samtaler med psykolog B og lege C. Dette fremgår ikke av vedtaket. I brev 28. februar 2006 fra Helsetilsynet til X sykehus refereres det til en telefonsamtale mellom B og assisterende fylkeslege. Det finnes imidlertid ikke noe referat eller notat fra samtaler mellom tilsynet og det innklagede helsepersonellet blant saksdokumentene. Innholdet i disse samtalene burde vært nedfelt i et referat av notoritetshensyn. Videre burde de vært referert til i begrunnelsen, for å gi et fullstendig bilde av tilsynets saksbehandling.

2.3 Et avsnitt i brevet til klageren 29. mars 2006 omhandler alternativ behandling, et tema som klageren selv hadde brakt på banen. Avsnittet starter med følgende setning: «Det virker som om De heller ønsker å prøve Deres lykke med alternativ behandling». Denne formuleringen, som Helsetilsynet i sitt brev hit omtaler som «helt adekvat», er etter mitt syn tvert imot uheldig. De påfølgende setningene om adgangen til å ta egne valg i forhold til alternativ behandling og konsekvensene av slike valg, endrer ikke dette. Det er åpenbart at formuleringen om å prøve sin «lykke» kan føles stort krenkende for en person som selv opplever sterke helseplager og som er fortvilet over sin situasjon.

### 3. *Krav om retting av journal ført av E ved Y legesenter*

Etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 5-2 kan opplysninger i journal kreves slettet eller rettet etter reglene i helsepersonelloven §§ 42 til 44. Etter denne lovens § 42 kan opplysninger kreves rettet dersom de anses «feilaktige, mangelfulle eller utilbørlige». Opplysninger kan kreves slettet etter § 43 dersom det er ubetenkelig ut fra allmenne hensyn, det ikke strider mot bestemmelser i eller i medhold av arkivloven §§ 9 eller 18 og opplysningene enten er «feilaktige eller misvisende og føles belastende for den de gjelder» eller «åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp». Det følger av tredje ledd i begge bestemmelsene at avslag på krav om retting og sletting kan påklages til Helsetilsynet i fylket, og at det skal innhentes uttalelse fra Datatilsynet.

Pasientens krav om retting og sletting ble i dette tilfellet først fremsatt direkte overfor den journalførende legen, som hadde permisjon fra legesenteret. Hun sendte deretter kravet til legesenteret og fikk følgende svar fra en annen lege: «Til orientering. Jeg har ikke anledning til å gjøre endringer i legejournal». Det synes nå å være enighet om at denne legen hadde anledning, i betydningen kompetanse, til å vurdere det fremsatte kravet opp mot helsepersonelloven §§ 42 og 43. Helsetilsynet uttalte i brev hit at

legens avslag på kravet om retting og sletting var «svært kortfattet og heller ikke helt dekkende». Dette er jeg enig i. Det korte brevet til klageren fremstår knapt som et forvaltningsvedtak og inneholder verken begrunnelse eller henvisning til rettsregler.

Brevet gir grunn til å tvile på om den journalansvarlige legen faktisk foretok en vurdering av det fremsatte kravet i forhold til gjeldende regler. Vanligvis vil helsevesenet til en betryggende saksbehandling, herunder muligheten for en reell toinstansbehandling, tilsi at Helsetilsynet i et slikt tilfelle burde ha sendt saken tilbake til legesenteret for ny behandling. I dette tilfellet var As krav om retting og sletting svært detaljerte og knyttet seg hovedsakelig til dialogen mellom henne og behandlende lege under ulike konsultasjoner i første halvår i 2004. Tatt i betraktning tidsforløpet siden konsultasjonene og kravenes karakter, har jeg ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot at tilsynet tok stilling til klagen. Jeg har ellers merket meg at Helsetilsynet heller ikke innhentet uttalelse fra behandlende lege. Rettingskravet gjaldt angivelig de samme forholdene som tidligere hadde vært til behandling hos tilsynet, og en uttalelse fra legen ville etter tilsynets oppfatning ikke ført til et annet resultat.

Helsetilsynet begrunner sitt avslag 7. juli 2006 alene med at As endringskrav ikke var «vesentlige og/eller begrunner at journalen inneholder direkte feil». Dette er en feilaktig gjengivelse av vilkårene i lovens § 42 for retting. Uttalelsen kan derfor isolert sett gi inntrykk av at Helsetilsynet har vurdert klagen mangelfullt og lagt en for snever endringsadgang til grunn. I brevet herfra ble tilsynet spurt om de øvrige alternative vilkårene var vurdert og om forvaltningsloven § 25 kunne anvendes på slike saker. Spørsmålene er ikke besvart i tilsynets brev hit.

Ifølge pasientrettighetsloven § 7-6 gjelder forvaltningslovens regler om behandling av saker om enkeltvedtak og klage «så langt de passer» for Helsetilsynet i fylkets behandling av klagesaker, med unntak av de særlige bestemmelser som er gitt i pasientrettighetsloven kapittel 7. Dette innebærer bl.a. at Helsetilsynet må oppfylle forvaltningslovens krav til begrunnelse, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 139 - 140. Ifølge forvaltningsloven § 25 skal begrunnelsen som hovedregel vise til «de regler vedtaket bygger på» og «gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket bygger på» i den grad det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket. Den skal som utgangspunkt også nevne «de faktiske forhold som vedtaket bygger på».

Begrunnelsen for Helsetilsynets vedtak er åpenbart utilstrekkelig. Den mangler henvisning til hvilke regler som er lagt til grunn for avslaget, og den har kun en kort henvisning til hvilken journal og hvilket tidsrom det dreier seg om. Vurderingstemaet som er gjengitt kan, som nevnt ovenfor, isolert sett tyde på at en for snever endringsadgang er lagt til grunn. Både i forutgående og i etterfølgende korrespondanse med A har Helsetilsynet gitt en adekvat

beskrivelse av rettingsadgangen i helsepersonelloven. Det er derfor ikke holdepunkter for at tilsynet i sitt klagevedtak har lagt en feil norm til grunn for sin vurdering.

Helsetilsynet har som nevnt uttalt at bestemmelsene i helsepersonelloven er absolutte hva gjelder innhenting av uttalelse fra Datatilsynet, og at slik uttalelse for ettertiden vil bli innhentet til tross for at de svarene som mottas er «standardiserte». Jeg er tilfreds med dette svaret. Dersom tilsynet er av den oppfatning at helsepersonellovens regler om innhenting av uttalelse fra Datatilsynet er for lite fleksible, må dette tas opp ad lovgivningsvei.

Jeg har ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot sakens utfall. As krav om retting og sletting er av en slik karakter at det er vanskelig å ta stilling til om opplysningene i journalen er feilaktige eller mangelfulle.

#### *4. Krav om retting og sletting av journal - X sykehus*

I Helsetilsynets begrunnelse for avslag på As krav om endring i journal ved ulike avdelinger på sykehuset heter det at tilsynet ikke kan se at opplysningene «er av en slik karakter at de er utilbørlige eller misvisende og således er egnet til å skade Deres omdømme», jf. brev 6. februar 2007. Enkelte faktiske feil skal imidlertid allerede ha blitt beklaget og rettet i journalen.

Heller ikke denne begrunnelsen samsvarer med de vilkårene som helsepersonelloven stiller opp. På spørsmål herfra påpeker tilsynet at helsepersonelloven §§ 42 og 43 er sitert i avgjørelsen, og opplyser at det i forhold til spørsmålet om retting ble vurdert om opplysningene var feilaktige, mangelfulle eller utilbørlige. I forhold til spørsmålet om sletting ble det vurdert om opplysningene var feilaktige eller misvisende og i tillegg belastende for klageren.

I vedtaket skriver Helsetilsynet at det, under henvisning til tidligere klagesak, ikke er funnet «nødvendig» å fremlegge saken for Datatilsynet. Jeg viser til det som er sagt ovenfor om innhenting av uttalelse fra Datatilsynet.

#### *5. Avslutning*

Som det har fremgått, har jeg vært kritisk til deler av Helsetilsynets saksbehandling og begrunnelser for avslag på As krav. Enkelte begrunnelser kan isolert sett etterlate tvil om riktige rettslige vurderinger ble foretatt. Sett i sammenheng har jeg imidlertid ikke funnet grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot utfallet av tilsynets vurdering.

Jeg registrerer at As brev til helsevesenet har vært mange og til dels svært detaljerte og omfattende. Det synes å ha vært krevende for helsevesenet og tilsynsmyndigheten å forholde seg til alle henvendelsene. I As (eventuelle) fremtidige kontakt med forvaltningen vil det være gunstig både av hensyn til

en effektiv forvaltning generelt sett, og av hensyn til funksjonell og effektiv behandling av hennes egne saker, å uttrykke seg mer kortfattet og presist. Det er også viktig med realistiske forventninger til mulighetene for å nå frem med slike krav. Verken A selv eller helsemyndighetene er tjent med at hun fremmer mange og omfattende krav om endring i journal som er basert på en feilaktig eller urealistisk forståelse av prinsipper for journalføring og regelverk omkring retting og sletting. Helsetilsynet påpeker i ett av sine brev at den beste måten «å ta opp spørsmålet om eventuell retting av journal er ... gjennom direkte kommunikasjon med de som var/er ansvarlig for journalen». A skal ha fått flere tilbud om samtale om eventuell retting av journal fra sykehusets side. Så vidt jeg kan bedømme, synes dette å være en hensiktsmessig tilnærming.

Avslutningsvis må jeg understreke helsemyndighetenes plikt til å behandle As klager på forsvarlig måte og med den respekt som følger av kravet til god forvaltningsskikk. Deler av korrespondansen i As klagesaker har i form og innhold etterlatt tvil om denne plikten i tilstrekkelig grad er fulgt.»

#### 48.

##### **Statens helsetilsyns behandling av klage på helsevesenet – rettighetsklage eller anmodning om tilsynssak**

(Sak 2006/644)

*En pasients klage til Helsetilsynet på ulike forhold ble i hovedsak behandlet som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd fra helsepersonells side etter pasientrettighetsloven § 7-4.*

*Ombudsmannen kom til at enkelte av forholdene som ble tatt opp også burde ha vært behandlet som en klage over at pasienten ikke hadde fått oppfylt sine rettigheter etter pasientrettighetsloven § 7-2 første ledd (en rettighetsklage). Hvis tilsynsmyndigheten var i tvil om hvordan henvendelsene skulle forstås, burde dette vært avklart med klageren og veiledning eventuelt gitt. Klageren bør for fremtiden ta hensyn til at hans mange henvendelser oppleves som krevene å forholde seg til.*

A klaget til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag på en rekke forhold knyttet til hans kontakt med helsetjenesten. Klagen hadde som overskrift «Krav om ny behandling av klagen fra 2003 og 2004 og ny klage - krav om å få svar - m.m.». I brevet viste han bl.a. til «kontakten for et par år siden angående flere forhold på X Sykehus, Y legekantor, Hjemmesykepleien m.m, jfr min ødelagte høyre fot/lår/kne m.m.». Han ba bl.a. om at sakene ble «igangsatt» på nytt.

Kontakten A viste til, gjaldt en tidligere klage fra ham til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag. Helsetilsynets vedtak i denne saken ble påklaget av A til Statens helsetilsyn, som 24. mai 2004 besluttet ikke å ta

klagen til følge. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen, som foretok undersøkelser knyttet til vurderingen av klagen som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7-4 og helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 55 og/eller som en rettighetsklage etter pasientrettighetsloven §§ 7-2, jf. 7-1 (ombudsmannens sak 2004/2179). Det ble brakt på det rene at Helsetilsynet (i hovedsak) hadde vurdert hans klage som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd. I forbindelse med ombudsmannens undersøkelse ble A bedt av Statens helsetilsyn om å bringe saken inn for Helsetilsynet i Nord-Trøndelag på ny dersom hans påstand egentlig var at hans rettigheter etter pasientrettighetsloven var blitt krenket (en rettighetsklage). I sitt avsluttende brev ga ombudsmannen uttrykk for at A måtte ta imot denne oppfordringen dersom han ønsket å få vurdert helsehjelpen i forhold til hans rettigheter etter pasientrettighetsloven.

Etter å ha sendt en omfattende klage til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag 28. desember 2005, rettet A i de påfølgende månedene også flere henvendelser og klager til Helsetilsynet over andre, nyere forhold.

Helsetilsynet i Nord-Trøndelag konkluderte med at det etter en samlet vurdering ikke var grunnlag for «tilsynsmessig oppfølging» av As henvendelser. Etter anmodning fra A om en nærmere begrunnelse, svarte Helsetilsynet at As misnøye ble ansett som «grunnløs med hensyn til brudd på lovgivningen».

I vedtak 7. juni 2006 sluttet Statens helsetilsyn seg til vurderingen som Helsetilsynet i Nord-Trøndelag hadde gjort. I vedtaket het det videre:

«Dersom tidligere vedtak om ikke å reise tilsynssak skal omgjøres, må det foreligge nye opplysninger av slik vekt at vilkårene for åpning av tilsynssak er til stede. Vi kan ikke se at De har fremkommet med noe nytt i saken.»

A klaget til ombudsmannen på Statens helsetilsyns vedtak. Han viste bl.a. til ombudsmannens behandling av hans tidligere klage og ba om at det ble reist tilsynssak «for alle de forhold» han har tatt opp.

Statens helsetilsyn ble herfra bedt om å redegjøre for om tilsynet hadde ansett As nye henvendelse til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag som en rettighetsklage, en anmodning om Helsetilsynets vurdering av mulig pliktbrudd, eller en kombinasjon av dette. Dersom henvendelsen bare hadde blitt vurdert som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd, ble tilsynet bedt om å redegjøre for hva som lå til grunn for en slik forståelse. Statens helsetilsyn ble også bedt om å svare på hvordan henvendelsen fra A burde ha vært behandlet av Helsetilsynet i Nord-Trøndelag dersom den helt eller delvis må oppfattes som en rettighetsklage.

Etter purringer herfra beklaget Statens helsetilsyn saksbehandlingstiden i ombudsmannssaken. Dette ble forklart med «manglende styring med saken internt». Det ble også vist til at «saken reiser

mange og ulikeartede spørsmål», og at Helsetilsynet «har vært og er i tvil om hvordan spørsmålene best kan besvares».

I sitt svar til ombudsmannen uttalte Statens helsetilsyn at henvendelsen fra A ble vurdert som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd, det vil si en anmodning om opprettelse av tilsynssak. Deretter het det:

«Mange henvendelser til Helsetilsynet i fylkene uttrykker generell misnøye med den måte klager er blitt møtt på i helsetjenesten, det tilbud som er gitt og den behandling klager har fått og får. Det har i noen saker vist seg vanskelig å vurdere om henvendelsene er å oppfatte som en klage på manglende oppfyllelse av rettigheter etter pasientrettighetsloven og/eller kommunehelsetjenesteloven eller anmodning om at det opprettes tilsynssak. Den aktuelle henvendelsen fra A datert 28. desember 2005 omfatter mange forhold gjennom en lang tids sykehistorie. En vesentlig del av det som påpekes av klager omhandler hans oppfattelse av manglende journalinnsyn. Denne delen av klagen har Helsetilsynet i Nord-Trøndelag tatt opp i sitt svarbrev, men har unnlatt å henvisne til pasientrettighetslovens bestemmelser. Utover dette har Helsetilsynet i Nord-Trøndelag behandlet klagen som påstander om pliktbrudd og derved anmodning etter pasientrettighetsloven § 7-4 og helsepersonelloven § 55. Statens helsetilsyn sluttet seg til denne vurderingen, begrundet med at i det alt vesentlige inneholdt klagen forhold knyttet til mulig pliktbrudd.

Statens helsetilsyn ser i ettertid at det i Helsetilsynet i Nord-Trøndelags avgjørelse kunne ha vært vist til pasientrettighetslovens klageregler i det A i sin henvendelse har trukket inn noen forhold som kan ses som en klage over manglende oppfyllelse av sitt behandlingsbehov, samt det faktum at han selv viser til pasientrettighetslovens bestemmelser. Statens helsetilsyn beklager at vi i vårt brev av 7. juni 2006 ikke ga tilbakemelding til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag om dette.»

Det ble også opplyst at Statens helsetilsyn i mai 2007 ferdigstilte en veileder for Helsetilsynet i fylkenes behandling av rettighetsklager etter helselovgivningen, og at denne blant annet behandler spørsmålet om når en sak skal behandles som henholdsvis rettighetssak og tilsynssak, eventuelt en kombinasjon av disse.

Redegjørelsen fra Statens helsetilsyn ble oversendt klageren, som ikke hadde merknader.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7-4 og helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 55 gir pasienter og andre rett til å anmode Helsetilsynet i fylket om å vurdere om helsepersonell har brutt sine plikter etter helsepersonelloven. En slik vurdering vil skje i form av en tilsynssak og kan, dersom det konstateres pliktbrudd, ende med en reaksjon mot helsepersonellet. Etter pasientrettighetsloven § 7-2, jf. § 7-1 kan

det også klages til Helsetilsynet i fylket dersom en pasient mener ikke å ha fått oppfylt sine rettigheter etter pasientrettighetsloven - for eksempel retten til nødvendig helsehjelp. En slik klage vil innebære et krav om at rettigheten oppfylles.

Statens helsetilsyn har i svaret hit vist til at Helsetilsynet i Nord-Trøndelag har behandlet den delen av klagen som gjaldt klagers anførsler om manglende journalinnsyn, men uten å henvisne til pasientrettighetslovens bestemmelser, og at klagen for øvrig har blitt behandlet som påstander om pliktbrudd. Statens helsetilsyn sluttet seg til denne vurderingen i sitt vedtak 7. juni 2006.

Som jeg nevnte ved avslutningen av sak 2004/2179, kan det være en uklar grense mellom en rettighetsklage etter pasientrettighetsloven § 7-2 første ledd, jf. § 7-1, og en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd fra helsepersonellens side etter lovens § 7-4. Det kan i enkelte tilfeller være vanskelig for tilsynsmyndighetene å avgjøre om henvendelser fra pasienter som gir uttrykk for misnøye med helsetjenesten, er ment som en rettighetsklage eller en anmodning om at det opprettes tilsynssak. Det vil først og fremst måtte bero på en konkret tolkning av pasientens henvendelse til Helsetilsynet hvordan henvendelsen skal behandles. Dersom det ikke fremgår klart av klagen, må Helsetilsynet søke å få formålet med henvendelsen avklart med pasienten og om nødvendig gi veiledning.

Jeg har for øvrig merket meg informasjonen fra Staten helsetilsyn om at det nylig er utarbeidet en veileder for Helsetilsynet i fylkene om behandlingen av rettighetsklager etter helselovgivningen, som bl.a. gir en nærmere omtale av i hvilke tilfeller en sak skal behandles som henholdsvis rettighetssak og/eller tilsynssak.

For at pasienten skal kunne se hvordan klagen er behandlet, er det også viktig at det i Helsetilsynets avgjørelser klart fremgår etter hvilket regelverk klagerens anførsler har blitt vurdert.

Slik jeg ser det, var det flere forhold i As klager til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag og Statens helsetilsyn som tilsa at han ønsket at deler av klagen, ut over spørsmålet om journalinnsyn, skulle vurderes som en rettighetsklage. Jeg viser blant annet til overskriften i klagen til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag og As ønske om at de tidligere sakene ble «igangsatt» på nytt. Han viste også direkte til ombudsmannssaken som ble avsluttet etter at Statens helsetilsyn i brev hit 1. september 2004 tilbød A å ta opp med Helsetilsynet i Nord-Trøndelag hvorvidt helsehjelpen han hadde mottatt, var i tråd med pasientrettighetsloven. I klagen 28. desember 2005 nevnte han også flere forhold som tyder på at han mente at han ikke hadde fått den helsehjelpen han hadde krav på. I klagen til Statens helsetilsyn 15. april 2006 skrev A bl.a.: «Klagen omfatter mange og varierte brudd på pasientrettighetsloven utført av helsevesenet i Midt Norge. ... Jeg får ikke de undersøkelsene jeg har krav på. Sykehuset kaster henvisninger og stryker ti-

mer jeg er blitt satt opp på. ... «. Han viste også her til at klagen bl.a. gjaldt de forholdene som var omfattet av den saken han brakte inn for ombudsmannen.

På denne bakgrunnen finner jeg det overraskende at Helsetilsynet ikke behandlet i alle fall deler av klagen, ut over spørsmålet om journalinnsyn, som en klage over manglende oppfyllelse av rettigheter etter pasientrettighetsloven. Dersom tilsynet fant det uklart hvordan klagen skulle forstås, burde dette ha vært forsøkt brakt på det rene med en henvendelse til A.

Jeg forstår Statens helsetilsyns svar hit slik at tilsynet i ettertid mener at det hadde vært grunn til å anse flere deler av As henvendelser som en klage på manglende oppfyllelse av hans rettigheter etter pasientrettighetsloven. Jeg har notert meg at tilsynet har beklaget at det ikke ble gitt tilbakemelding om dette til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag.

En forutsetning for at det skal etableres en rettighetssak er at det fortsatt er aktuelt å oppfylle rettigheten. Forholdene A tok opp i sin klage til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag 28. desember 2005, ligger nå i stor grad langt tilbake i tid. Jeg har ikke grunnlag for å uttale meg om dette er anførsler om rettigheter som ennå ikke er oppfylt, og om det er hensiktsmessig å gjenoppta behandlingen av klagen.

Dersom A fortsatt ønsker tilsynsmyndighetens vurdering av saken(e), bør han uansett rette en ny henvendelse til Helsetilsynet i Nord-Trøndelag hvor han presiserer klart hvilke pasientrettigheter han mener er blitt tilsidesatt og hvilke forhold han ønsker vurdert. Jeg har registrert at A har tatt opp en rekke forhold i sin kontakt med helsevesenet over en lengre tidsperiode, og at han har skrevet mange brev om dette. Henvendelsene har øyensynlig vært krevende å forholde seg til for helsevesenet og tilsynsmyndighetene. Helsetilsynet i Nord-Trøndelag har i brev til A 22. mars 2006 påpekt at «det både i kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten er lagt ned betydelig arbeid i å besvare dine henvendelser». Tilsynet viser videre til at selv om det er gitt «utførlige svar på dine henvendelser, har dette utløst nye klage-mål og spørsmål». Statens helsetilsyn har i sitt vedtak 7. juni 2006 fremhevet at tilsynsmyndighetene «har brukt store ressurser på ulike avklaringer av spørsmål om påstander fremmet av Dem». Av hensyn til både en effektiv helseforvaltning generelt sett og av hensyn til funksjonell og effektiv behandling av As egne saker, bør han ved sin fremtidige kontakt med tilsynsmyndighetene ta hensyn til hvordan henvendelsene oppfattes av disse. Han bør også skille mellom misnøye som er ment som en anmodning om å opprette tilsynssak og misnøye i form av en rettighetsklage.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i ombudsmannssaken har vært beklagelig lang.»

#### 49.

#### Kontrollkomisjonens behandling av en klage innen psykisk helsevern – veiledningsplikt m.v.

(Sak 2005/1947)

*En pasient klaget til kontrollkomisjonen på en navngitt overlege ved et sykehus. Kommisjonen ved dens formann oversendte klagen til psykiatrisk avdeling ved sykehuset for videre behandling, men sykehusets syn på klagen ble ikke formidlet til klageren. De sentrale spørsmålene i saken var hvilket ansvar kontrollkomisjonen hadde for at klageren fikk svar på sin klage, innsyn i dokumenter og veiledning om rett klageinstans.*

*Ombudsmannen fant grunn til å påpeke flere uheldige forhold ved kontrollkomisjonens behandling av klagen. Kommisjonens veiledning til klageren var ikke tilfredsstillende. Generelle uttalelser om veiledningsplikten overfor psykiatriske pasienter.*

A klaget skriftlig til kontrollkomisjonen på en overleges angivelige bruk av tvang og makt i forbindelse med en ECT-behandling ved et sykehus og brudd på taushetsplikten. Formannen i kontrollkomisjonen oversendte klagen til avdelingssjefen ved psykiatrisk avdeling «for videre behandling og tiltak». I brevet ble det vist til en samtale samme dag med klageren, og brevet ble sendt i kopi til henne.

Overlegen avga en uttalelse, som ble oversendt kontrollkomisjonens formann 29. mars 2004 vedlagt et brev undertegnet av avdelingssjefen, der det het at uttalelsen «dekker avdelingens syn». Avdelingssjefen opplyste at pasienten var utskrevet og at han ikke hadde hatt noen samtale med henne, slik han hadde avtalt med kontrollkomisjonens formann. Han opplyste at pasienten var velkommen til en samtale med ham dersom hun skulle ønske det, og kontrollkomisjonen ble bedt om å viderefordre dette til henne.

A etterlyste svar på klagen i brev til kontrollkomisjonen 24. juli 2004. Kontrollkomisjonens formann oversendte den innklagede overlegens uttalelse ved brev 8. november 2004. I brevet viste formannen til at hennes klage ble sendt avdelingssjefen «for videre behandling, idet det var tale om en klage på hans ansatte». Han opplyste at det hadde oppstått en misforståelse om hvem som skulle viderebringe uttalelsen til henne, men at han nå var bedt om å gjøre det. Misforståelsen ble beklaget. Formannen stilte seg til disposisjon for klageren, og opplyste at avdelingssjefen gjorde det samme.

A ba deretter kontrollkomisjonen om å få vedleggene til uttalelsen fra overlegen og etterlyste senere svar på forespørselen. Kontrollkomisjonens formann opplyste i svarbrevet at det første brevet «er overlevert til psykiatrisk avdeling ved X sjukehus som rette vedkommende» og at klagen «er en administrativ sak». Han viste til at avdelingssjefen er ad-

ministrativt ansvarlig. Formannen ville likevel «etterspørre saken». Åtte av de ni vedleggene ble deretter oversendt fra sykehuset til A.

I henvendelsen hit anførte A at klagen til kontrollkommissjonen ikke var blitt behandlet og at saksbehandlingen generelt sett hadde tatt unødvendig lang tid. Hun mente at både kontrollkommissjonen og sykehuset hadde trenert saken. Videre klaget hun på at hun ikke hadde mottatt alle vedleggene som fulgte uttalelsen fra den påklagede overlegen. I et senere brev anførte hun dessuten at kontrollkommissjonen hadde brutt sin veiledningsplikt overfor henne fordi det først etter ca. 1 år ble gitt informasjon om at kommissjonen ikke var rett klageinstans. Hun opplyste at hun ennå ikke hadde fått noe svar fra sykehuset på sin klage, og at uttalelsen fra den innklagede legen ikke var tilstrekkelig. I lys av dette ba hun om hjelp til «å få opprettet kontakt med sykehuset».

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumenter fra kontrollkommissjonen, ble det besluttet å ta opp enkelte sider ved saksbehandlingen. Kommisjonen ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for sin behandling av saken. I kontrollkommissjonens svar het det bl.a.:

«Etter å ha mottatt klagen fra A hadde kontrollkommissjonen en ny samtale med A der vi kort gjennomgikk innholdet i klagen.

A ble gjort kjent med at vi vurderte klagen til dels å ligge under avdelingssjefens ansvar dels å ligge under påtalemyndighetens ansvar (pretenært straffbart brudd på taushetsplikt og tjenesteforsømmelse).

---

A ble så orientert om at kontrollkommissjonen vurderte det slik at klagen falt utenfor kontrollkommissjonens ansvarsområde. Det ble derfor avtalt med A at klagen skulle bli overlevert avdelingssjefen ved avdelingen som rette vedkommende for videre behandling og tiltak.»

Det ble også vist til en samtale med avdelingssjefen, som var gjort kjent med kontrollkommissjonens syn. Han skal ha opplyst at han ville ta kontakt med A for en samtale om klagen. Sykehusets brev 29. mars 2004 med uttalelse fra den innklagede overlegen ble «feilaktig oppfattet som en orienterende kopi». As etterlysning 24. juli 2004 «ble formidlet til sykehuset, som meldte tilbake at deres svar var sendt via kontrollkommissjonen hvorpå den oppståtte misforståelse ble oppklart og formidlet» i brev til henne. Hennes henvendelse om innsyn i vedleggene ble «levert psykiatrisk avdeling for ekspedering» og den senere purringen ble besvart.

Klagerens ektemann kom med merknader til kommissjonens svar. Saken ble deretter på nytt lagt frem for kontrollkommissjonen med ytterligere spørsmål knyttet til blant annet kommissjonens veiledningsplikt. I sitt svar uttalte kommissjonen følgende om dette:

«Kontrollkommissjonens oppfatning er at det i første rekke tilligger den som har klagen til be-

handling å orientere om videre gang hvis det ikke oppnås felles forståelse mellom den som klager og klageorganet.

Selv om dette (muligheten til å bringe saken inn for helsetilsynet i fylket) ikke er en klage som skal behandles etter forvaltningslovens regelverk, er det naturlig at forvaltningslovens system brukes slik at det er det ... organet som har en «avgjørelse» som skal underrette om eventuelle klagemuligheter.

I dette tilfelle er det således sykehuset som etter kontrollkommissjonens oppfatning er den som i utgangspunktet skal underrette om denne muligheten til å bringe inn helsetilsynet.»

Det ble videre opplyst at kommissjonen først ved As henvendelse til ombudsmannen ble gjort kjent med at hun ikke var tilfreds med sykehusets svar på klagen. Kommisjonen uttalte:

«Saken og foranledningen til å underrette om at saken kunne bringes inn for Helsetilsynet hadde stilt seg i et annet lys hvis kontrollkommissjonen hadde blitt kjent med at klager og klageorganet ikke hadde felles forståelse av saken og eventuell adekvat reaksjon.»

En kopi av svarbrevet ble herfra oversendt klageren, som ikke har kommet tilbake til saken.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

##### *«1. Ansvar for behandlingen av klagen*

Kontrollkommissjonen vurderte klagen slik at den lå utenfor kommissjonens ansvarsområde etter psykisk helsevernloven 2. juli 1999 nr. 62 § 6-1 og forskrift om kontrollkommissjonens virksomhet 21. desember 2000 nr. 1408 kapittel 4. Kommisjonens formann har blant annet påpekt at det ikke foreligger noe vedtak fra sykehusets side. Det er fra klagerens side i brev hit erkjent at saken faller utenfor kontrollkommissjonens ansvarsområde. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om grensene for kommissjonens saklige arbeidsområde, men konstaterer at kommissjonen ikke hadde plikt til å behandle klagen. A var frivillig innlagt og hadde samtykket i ECT-behandlingen.

Beslutningen om ikke å behandle klagen ble protokollført slik 16. mars 2004: «Det vert avtalt med henne at kontrollkommissjonen skal overlevere brevet til avdelingssjefen for videre behandling og tiltak.» Det er brukt en nesten likelydende formulering i kommissjonens brev samme dag til avdelingssjefen. Kontrollkommissjonens formann har også redegjort for en samtale med avdelingssjefen der kommissjonens syn på eget ansvarsområde skal ha blitt formidlet. Det er derfor forståelig at kommissjonens formann, da han mottok brevet fra avdelingssjefen 29. mars 2004 med uttalelse fra den innklagede overlegen, oppfattet dette som en orienterende kopi. I brevet ble kommissjonen bedt om å videreformidle til pasienten at hun er velkommen til en samtale der-



som hun ønsker det. Så vidt jeg forstår ble dette først gjort gjennom kommisjonens brev til A etter hennes skriftlige etterlysning ca. 3 måneder senere. Jeg har ikke fått noen forklaring på dette. Siden A var utskrevet og kontrollkommisjonen ikke hadde noen pågående sak eller øvrig kontakt med henne, burde kommisjonen etter mitt syn ha gitt sykehuset klar beskjed om at oppfølgingen av A var sykehusets eget ansvar, og at kommisjonen anså seg ferdig med saken. Dette ville ha vært den naturlige konsekvens av synet på eget ansvarsområde. Kontrollkommisjonens redegjørelser til meg tyder på at kommisjonen ikke foretok seg noe før etterlysningen fra A 24. juli 2004.

Etterlysningen ble først besvart av kontrollkommisjonen 8. november 2004. Det er opplyst at henvendelsen ble formidlet til sykehuset, som meldte tilbake at klagen var ansett besvart via kontrollkommisjonen. Denne kontakten kan ha tatt noe tid, men det sene svaret er uansett uheldig. Når etterlysningen nettopp gjaldt manglende svar og/eller lang saksbehandlingstid, var det særlig viktig at brevet ble besvart raskt. I svarbrevet uttaler kommisjonsformannen at det hadde oppstått en misforståelse om hvem som skulle «viderebringe uttalelsen til deg», men at avdelingssjefen ved sykehuset hadde bedt ham om å gjøre det. Uttalelsen fra den innklagede overlegen var vedlagt brevet. Brevet fra avdelingssjefen 29. mars 2004 om at uttalelsen «dekker avdelingens syn», ble imidlertid ikke oversendt eller referert.

Kontrollkommisjonens formann må bære hovedansvaret for at sykehusets syn på klagen, nemlig ovennevnte brev fra avdelingssjefen, ikke ble oversendt A etter den avtalen som ble gjort mellom ham og sykehuset. Sykehusets brev er knapt både i form og i innhold, men fremstår som sykehusets endelige svar på hennes klage. Dette ble ikke formidlet til A, trass i hennes etterlysning i brevet til kommisjonen, der hun uttrykte ønske om «å vite hvordan det hele endte». Hun oppfattet naturlig nok klagen som ubehandlet da hun brakte saken inn for ombudsmannen.

Kontrollkommisjonens formann må også bære noe ansvar for at As ønske om innsyn i vedleggene til uttalelsen ikke ble imøtekommet straks. Formannen oversendte kopi av brevet 9. januar 2005 til sykehuset som rette vedkommende for «ekspedering». A ble imidlertid ikke varslet om dette før etter purringen 4. april 2005. Slikt varsel burde vært sendt tidligere. Jeg minner om at kontrollkommisjonen ved dens formann hadde tatt på seg ansvar for å formidle korrespondanse fra sykehuset, selv om saken falt utenfor kommisjonens arbeidsområde. Formannen hadde også i brev til A 8. november 2004 opplyst at han kunne kontaktes hvis «det skulle være noe jeg kan bistå med». Da A tok ham på ordet og ba om innsyn i vedleggene til uttalelsen, måtte kommisjonen også sørge for at disse ble oversendt fra sykehusets side. Jeg minner om den tidligere misforståelsen vedrørende ansvarsforhold, som etter mitt syn krevde en ekstra årvåkenhet fra kommisjonens side.

## 2. Ansvaret for å veilede pasienten

Kontrollkommisjonen er et forvaltningsorgan og som sådan underlagt forvaltningsloven 10. februar 1967, jf. psykisk helsevernloven § 1-6. Kommisjonen har en alminnelig veiledningsplikt «innenfor sitt sakområde» etter forvaltningsloven § 11, på lik linje med andre forvaltningsorganer. Etter bestemmelsens fjerde ledd skal det forvaltningsorgan som mottar en henvendelse til seg som «urette myndighet ... om mulig vise vedkommende til rett organ». I forskrift om kontrollkommisjonens virksomhet § 4-2 tredje ledd er det dessuten bestemt at kontrollkommisjonens medlemmer «så vidt mulig» kan «bistå pasientene med råd og hjelp».

Ut fra kontrollkommisjonens egen vurdering var As klage rettet til feil myndighet. Dette ble A orientert om både skriftlig og muntlig. Kommisjonen mente at klagen var en administrativ sak, som sorterte under sykehuset og avdelingssjefen for psykiatrisk avdeling som administrativt ansvarlig. A ble imidlertid ikke informert om muligheten til å bringe saken inn for Helsetilsynet i fylket etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7-4, jf. helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 55 (anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd). Selv om en intern behandling i sykehuset kunne synes mest nærliggende i første omgang, skulle kontrollkommisjonen ha kjent til og informert om denne muligheten. Dette ville ha vært best i samsvar med forvaltningsloven § 11 fjerde ledd. Kommisjonen informerte i stedet om muligheten til å bringe forholdet inn for påtalemyndigheten i form av en anmeldelse. Selv om ulovlig bruk av tvang og brudd på helsepersonells taushetsplikt er straffesanksjonert, var denne informasjonen et klart sidespor i forhold til klagen, som ikke nevnte straff eller lignende. Informasjonen ble - i alle fall i ettertid - oppfattet nærmest som en anbefaling fra kommisjonen om anmeldelse. Veiledningen var dessuten et klart sidespor i forhold til tilsynsmyndighetens ansvarsområde.

Fra klagerens side er det fremhevet at psykisk syke mennesker generelt sett er ressursvake med hensyn til utdanning, økonomi, kontaktnett og overskudd. Det påpekes at «kontrollkommisjonene på sykehusene «markedsføres» som pasientenes hjelp mot overmakten», og at dette gir et skjerpet ansvar for kommisjonene. Jeg er enig i at kontrollkommisjonenes ansvar og plikter konkret må ses i lys av pasientenes situasjon og ressurser. Formålet med veiledningsplikten, slik den er formulert i forvaltningsloven § 11 første ledd, er å «gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte». For pasienter i en vanskelig livssituasjon, slik psykisk syke personer i en sykehusavdeling gjerne er, kan det kreves ekstra innsats for at de skal kunne vareta sitt eget tarv. Som nevnt ligger også råd og hjelp uttrykkelig innenfor mandatet til kontrollkommisjonene etter forskriften § 4-2 tredje ledd. Dette må forstås som rådgivning og

hjelp også utenfor kjernen av kontrollkommisjonenes oppgaver.

Et eksempel på et slikt skjerpet ansvar kan være behovet for særlig tydelig muntlig og skriftlig kommunikasjon. Det vil for noen pasienter kunne være vanskelig å oppfatte og i ettertid erindre muntlig informasjon, og supplerende skriftlig informasjon kan derfor være nødvendig. I denne saken synes A ikke å ha oppfattet at kontrollkommisjonen anså saken for å være utenfor dens ansvarsområde. Brev og brevkopier fra kontrollkommisjonens formann er ikke formulert slik at dette kommer klart frem. Formannen viser til at klagen er oversendt sykehuset for «videre behandling og tiltak» (brev 16. mars 2004) og «videre behandling, fordi det var tale om en klage på hans ansatte» (brev 8. november 2004). I brev 4. april 2005 vises det til at klagen «er en administrativ sak», uten at det redegjøres for hva dette innebærer. Slike formuleringer gir etter mitt syn ikke tilstrekkelig avklaring på ansvarsforholdene i en sak som denne.

Jeg har notert meg at kontrollkommisjonens formann og avdelingssjefen ved psykiatrisk avdeling har stilt seg til disposisjon i brev til klageren. En slik imøtekommenhet kan imidlertid ikke erstatte tilstrekkelig skriftlig saksbehandling, som for en del pasienter vil være lettere å forholde seg til.

### 3. Avslutning

I løpet av min behandling av klagen har A fått innsyn i alle vedleggene til overlegens uttalelse. Hun er nå også gjort kjent med sykehusets syn på klagen. Hvis A ønsker å gå videre med saken, forutsetter jeg at en eventuell henvendelse fra henne behandles raskt hvis hun ønsker en nærmere dialog med sykehuset. Hvis hun ønsker å bringe saken inn for Helse-tilsynet i fylket, kan det synes riktig at også tilsynet i så fall gir saken prioritet.»

## 50.

### Renteberegning ved tilbakebetaling av vederlag for opphold på sykehjem

(Sak 2006/2279)

*A hadde i flere år betalt for mye i vederlag for sitt opphold på et sykehjem. Dette skyldtes en feil fra kommunens side. Beløpet ble tilbakebetalt, men i første omgang uten rentekompensasjon. Klagen til ombudsmannen gjaldt kommunens saksbehandling og beregning av rentetapserstatningen i forbindelse med tilbakebetalingen.*

*Ombudsmannen uttalte at flere sider av kommunens saksbehandling hadde vært uheldige og lite til-  
litvekkende. Det var videre grunn til å sette spørsmålste-  
gn ved de renteberegningene som først ble foretatt fra kommunens side. Den nye renteberegningen som kommunen foretok etter at ombudsmannen*

*hadde tatt opp saken ble akseptert av klageren og det var dermed ikke grunn til å gå nærmere inn på enkeltelementene i beregningen.*

I perioden 2000 til 2004 betalte A i alt kr 94 556 for mye i vederlag for sitt opphold på et sykehjem i Trondheim kommune. Ifølge kommunen skyldtes feilberegningen at kommunen hadde oversett at A satt i uskiftet bo, til tross for at det var krysset av for dette i oversikten over inntektsforhold som ble utfyllt da oppholdet på sykehjemmet tok til. Det ble dermed lagt for høy renteinntekt til grunn ved vederlagsfastsettelsen. Beløpet ble tilbakebetalt av kommunen, men det ble ikke gitt noen form for rentekompensasjon.

I august 2005 fremsatte B, som hjelpeverge for sin mor, krav om at kommunen også dekket morens rentetap i perioden, av ham beregnet til kr 12 709 med utgangspunkt i rentesatser benyttet av overfor-  
mynderiet i de aktuelle årene. Rentekravet ble i første omgang avvist av kommunen under henvisning til at det ikke var praksis i kommunen å etterbetale renter der det er innbetalt for mye vederlag. I oktober 2005 tok kommunen likevel kravet delvis til følge, og renter beregnet til kr 4 380 ble utbetalt. Kommunen beregnet rentene isolert for hvert enkelt år og tok ikke hensyn til at avsavnstapet for store deler av beløpet knyttet seg til perioder på mer enn ett år.

B påklaget kommunens renteberegning til Fylkesmannen i Sør-Trøndelag, og krevde at differansen på kr 8 329 kroner mellom kommunens og hans egen renteberegning ble utbetalt. I desember 2005 foretok kommunen en ny beregning basert på nye rentesatser og ytterligere kr 771 ble utbetalt i rentekompensasjon. Det ble fortsatt beregnet rente isolert for hvert enkelt år.

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag la ved sin behandling av saken til grunn at fylkesmannens kompetanse i en klagesak som den foreliggende er begrenset til å gjelde enkeltvedtak om fastsetting av vederlag. Det ble bemerket at dette tilfellet måtte anses som en erstatningstvist mellom kommunen og beboeren, noe som ble ansett å ligge utenfor fylkesmannens kompetanse. I kraft av sin tilsynsmyndighet fant fylkesmannen likevel grunn til å komme med noen bemerkninger til saken i brev 10. april 2006 til kommunen.

Fylkesmannen la til grunn at kommunen hadde akseptert renteplikt gjennom den rentekompensasjonen som allerede var gitt, men at klageren og kommunen hadde anvendt to ulike måter å beregne rentetapet på. Mens kommunen bare beregnet rentetap for ett år for hvert av årene det var innbetalt for mye vederlag, krevde klageren å få erstattet rentetapet for hvert år frem til utbetalingsdato. Fylkesmannen uttalte videre:

«Så lenge kommunen over flere år har tilbakeholdt for høye vederlagsbeløp, er det vanskelig å se at rentetapet kan være kompensert når renteta-

pet begrenses til ett år. Beboer vil ha tapt renteinntekt i mer enn ett år når kommunen over flere år har tilbakeholdt for mye betalt vederlag.

I henhold til dette fremstår klagers renteberegning som den mest korrekte i forhold til sannsynlig tap, og kommunen anmodes pånytt å vurdere rentekravet i lys av de her gitte merknader. Etter fylkesmannens vurdering fremstår det rimelig og riktig å etterkomme klagers krav på renter.»

I brev 6. juli 2006 bemerket B at kommunen ikke hadde foretatt seg noe for å følge opp fylkesmannens anmodning og han fastholdt rentekravet, som nå var på kr 7 558. I kommunens svar 25. september 2006 ble Bs brev forstått som et krav om renter av tilbakebetaling av for mye innbetalt vederlag i 2005. B påpekte i brev 4. oktober 2006 til kommunen at henvendelsen ikke gjaldt avregningen for 2005, som han ikke hadde noe å innvende mot, men derimot renteberegningen for årene 2000 til 2004. I kommunens svar til ham 10. november 2006 ble henvendelsen likevel fortsatt forstått å gjelde avregningen fra 2005, og det fremgikk at kommunen hadde besluttet å gi rentekompensasjon for dette året, «[i] håp om å få denne saken avsluttet».

I desember 2006 klaget B til ombudsmannen på vegne av sin mor over Trondheim kommunes beregning av renter i forbindelse med tilbakebetalingen. B anførte at moren ikke ville få sitt tap dekket dersom den beregningsmåten som kommunen så langt hadde anvendt ble lagt til grunn.

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere. I brev 16. februar 2007 til Trondheim kommune ble det pekt på at fylkesmannen, til tross for at det ikke ble ansett å foreligge noen instruksjonsmyndighet overfor kommunen på dette området, hadde gitt uttrykk for at det fremsto som riktig å etterkomme klagerens krav på renter og anmodet kommunen om å «vurdere rentespørsmålet på nytt ut fra sin erstatningsrettslige plikt til å dekke sannsynliggjort tap». Kommunen ble bedt om å redegjøre for hvorfor fylkesmannens anmodning om en ny vurdering av renteberegningen for perioden 2000 til 2004 ikke var fulgt opp. Videre ble kommunen bedt om å gi en nærmere begrunnelse for hvorfor det ved tilbakebetalingen av for mye innbetalt vederlag bare var beregnet rente for ett enkelt år og ikke for hvert år fra innbetalingsåret og frem til tilbakebetalingstidspunktet.

Det ble pekt på at kommunen tidligere synes å ha akseptert renteplikt overfor klageren i den foreliggende saken, men at det likevel i brev 25. september 2006 var vist til at det ikke forelå en rettslig plikt til å betale rente ved tilbakebetaling av for mye betalt vederlag. Kommunen ble bedt om å opplyse om sistnevnte uttalelse i første rekke var ment å gjelde den tilbakebetaling som regelmessig vil kunne skje etter at ligningsopplysningene for foregående år foreligger. I denne forbindelse ble kommunen bedt om å redegjøre for sitt syn på Statens helsetilsyns uttalelser i rundskriv IK-25/96 om at beboere bør ha krav på

renter av beløp som kommunen tilbakebetaler på grunn av at vederlaget opprinnelig ble satt for høyt, og rundskrivets anbefaling om at slik rente bør fastsettes på samme måte som ved tilbakebetaling av for mye innbetalt skatt. Dersom kommunens uttalelser var å forstå slik at kommunen bestred plikten til å betale rente av det tilbakebetalte beløpet for perioden 2000 til 2004, ble det bedt om en nærmere begrunnelse for dette standpunktet.

I kommunenes svar 3. mai 2007 het det bl.a. følgende:

«Vi har vurdert saken på nytt.

Vi fastholder at det i de tilfeller det foretas korreksjon av egenandel basert på endring i inntekter ikke skal foretas renteberegning. Det er imidlertid ikke det denne saken dreier seg om. I denne saken har kommunen oversett en opplysning i mottatt dokumentasjon, noe som har ført til feil beregning av egenandel over flere år.

Det er i denne sammenheng ikke urimelig at alminnelige erstatningsrettslige prinsipper legges til grunn for den rentekompensasjon som skal utbetales. Dette har vi allerede akseptert gjennom den utbetaling av rentekompensasjon som er foretatt.»

Kommunen ga deretter en oversikt over sin nye renteberegning. I denne var rente beregnet ikke bare for hvert enkelt år, men for hvert år fra innbetalingsåret og frem til tilbakebetalingstidspunktet. Totalsummen avvek noe fra klagerens tidligere beregning, og dette begrunnet kommunen på følgende måte:

«Siden betaling er skjedd ved månedlige trekk gjennom året vil det ikke bli riktig å foreta renteberegning på hele beløpet for hele året slik som B har gjort i sin beregning. Vi har beregnet rente basert på gjennomsnittlig saldo i året. På denne måten gir renteberegningen et mer riktig uttrykk for det rentebeløp som ville ha blitt godskrevet brukerens konto dersom egenandelen var riktig fastsatt.»

Videre opplyste kommunen:

«I eget brev til A v/B har vi i dag i samsvar med det som er beskrevet ovenfor tilbudt en rentekompensasjon på kr 4 636 med tillegg av kr 780 i renter beregnet etter de bestemmelser og rentesatser som følger av forsinkelsesrenteloven § 2 for perioden 1.9.2005 - 31.5.2007, totalt 5 416,-.»

I brev hit opplyste B at han hadde «full tillit» til at kommunens siste renteberegning var riktig utført og at det således var helt i orden at beløpet ble utbetalt til hans mors konto. Dette meddelte han senere også i brev til kommunen.

B kom senere med enkelte merknader til kommunens svar. Han uttrykte glede over at sakens økonomiske side syntes å ha ordnet seg, og presiserte at det for ham var «et prinsipp at feil utført av saksbehandler ikke skal føre til økonomisk tap for den vanlige borger, i denne sak min mor som er minstepen-

sjonist». Det het videre at han hadde reagert «sterkt på at saksbehandler avslo renter pga. *praksis* i samme brev som kommunen vedgikk at de hadde begått en saksbehandlerfeil».

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:**

#### *«Kommunens saksbehandling av rentespørsmålet*

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag la i sin uttalelse 10. april 2006 til grunn at kommunen gjennom de foretatte renteutbetalingene i dette tilfellet hadde akseptert renteplikt. Om størrelsen på rentebeløpet het det videre at klagerens renteberegning fremsto som den mest korrekte i forhold til sannsynlig tap. Fylkesmannen konkluderte med å anmode kommunen om å «vurdere rentekravet på nytt ut fra sin erstatningsrettlige plikt til å dekke sannsynliggjort tap».

Kommunen burde her av eget tiltak ha foretatt en ny vurdering av renteberegningen for perioden 2000 til 2004 på bakgrunn av fylkesmannens uttalelse. Beboere i institusjon vil ofte være mennesker med nedsatt kapasitet til å følge opp egen økonomi, og det er viktig at kommunen sørger for betryggende oppfølging av slike saker, særlig der fylkesmannen har hatt innvendinger mot kommunens behandling. Bs etterlysning i brev 6. juli 2006 ga kommunen en ny oppfordring til å ta tak i saken, men heller ikke etter dette ble det foretatt en ny vurdering av rentekravet fra kommunens side. I brevet hit er det ikke gitt noe svar på spørsmålet om hvorfor dette ikke ble gjort. Kommunens saksbehandling ivaretok her ikke den svake parts interesser på en forsvarlig måte.

Bs etterlysning av oppfølging av fylkesmannens uttalelse ble av kommunen forstått som et krav om renter av beløpet som skulle tilbakebetales i forbindelse med at det også i 2005 var innbetalt for mye i vederlag, jf. kommunens brev 25. september 2006. Ut fra innholdet i Bs brev gir det grunn til betydelig undring at kommunen kunne forstå brevet slik. At kommunen fastholdt denne forståelsen til tross for at B i nytt brev presiserte at henvendelsen ikke gjaldt tilbakebetalingen for 2005, fremstår som uforståelig. Kommunens saksbehandling er heller ikke på dette punkt tillitvekkende og må antas ha ført til betydelig økt frustrasjon for B.

#### *Retten til rentekompensasjon ved tilbakebetaling av vederlag*

Plikten til å betale vederlag for opphold på bl.a. sykehjem følger av kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 2-3 annet ledd. Nærmere bestemmelser er gitt i forskrift om vederlag for opphold i institusjon m.v. 26. april 1995 nr. 392. Det følger av forskriften § 3 sjette ledd at det skal skje et etteroppgjør hvis skatteoppgjøret for foregående år viser at det ikke er beregnet riktig vederlag. Dersom etteroppgjøret viser at beboeren har betalt for mye,

plikter kommunen å tilbakebetale det overskytende. Også i andre tilfeller der det viser seg at beboeren har betalt for mye vil kommunen normalt ha tilbakebetalingsplikt.

Tradisjonell lære etter norsk rett har vært at renter bare kan kreves dersom det foreligger særskilt rettsgrunnlag. Forskriften oppstiller ingen generell plikt for kommunen til å betale renter ved tilbakebetaling av for mye innbetalt vederlag. Jeg tar ikke stilling til om beboeren har et rettslig krav på rente ved tilbakebetaling som foretas i forbindelse med de etterberegninger som kontinuerlig må foretas når foregående års ligningsopplysninger foreligger. Erstatningsplikt for rentetap inntreer imidlertid dersom det er utvist uaktsomhet ved at det er innkrevd for høyt vederlag. Kommunens erkjennelse av ansvar for renter i den foreliggende saken bygger på en slik erstatningsrettslig synsvinkel.

Kommunen har gjentatte ganger understreket og fastholdt at den ikke anser det for å foreligge en generell renteplikt ved tilbakebetalinger som foretas i forbindelse med korreksjon av egenandel basert på endring i inntekter. Den foreliggende saken gir ikke direkte foranledning til å gå nærmere inn på dette. Det er likevel grunn til å fremheve Statens helsetilsyns tolkningsuttalelse i rundskriv IK-25/96 til forskriften, etter delegert myndighet fra Sosial- og helsedepartementet, der det heter:

«Helsetilsynet mener at beboeren har krav på rente på beløp som kommunen tilbakebetaler på grunn av at vederlaget opprinnelig ble satt for høyt. Renten bør være den samme som ved tilbakebetaling av for mye innbetalt skatt.»

Uttalelsen er ikke begrenset til de tilfellene der kommunen selv er ansvarlig for de omstendighetene som leder til tilbakebetaling, for eksempel fordi den har oversett opplysninger. Fylkesmannen uttaler i brev 10. april 2006 til kommunen at uttalelsen i rundskrivet er «en anbefaling, og kommunene er ikke rettslig forpliktet til å følge dette». Det er likevel grunn til å peke på at Statens helsetilsyns tolkningsuttalelser på dette området er ment å skulle tillegges vekt bl.a. med tanke på å sørge for ensartet praksis, og at tilsynet i rundskrivet går langt i å konstatere en *rett* til rente av tilbakebetalingsbeløp.

#### *Kommunens renteberegning*

Etter at kommunen aksepterte at den hadde plikt til å betale rentekompensasjon i forbindelse med tilbakebetalingen, ble det høsten 2005 foretatt to renteberegninger. Disse hadde til felles at det bare ble beregnet ett års rente for hvert av årene i perioden 2000 til 2004. Dette vil ikke være en riktig betraktningssåte så lenge hensikten er å kompensere klagerens avsnvntap. I slike tilfeller må det beregnes rente for hele perioden frem til tilbakebetalingstidspunktet. Det fremstår som uklart hvilke betraktninger som

har ligget til grunn for de første utregningene fra kommunens side.

I den utregningen som kommunen har redegjort for i brevet hit 3. mai 2007 er det beregnet rente fra de respektive innbetalingstidspunktene (gjennomsnittlig saldo) til tilbakebetalingstidspunktet. Det er også beregnet rentesrente ved at rentesaldo for foregående år er lagt til inngående saldo for påfølgende år.

Den rentetapserstatningen som kommunen nå har kommet frem til er akseptert av klageren. Jeg finner på bakgrunn av dette ikke grunn til å gå nærmere inn på enkeltelementene i beregningen.»

## 51.

### Dekning av utgifter til behandling ved private rusinstitusjoner i utlandet

(Sak 2005/1823 og 2005/1837)

*As foreldre krevde å få refundert utgifter de hadde pådratt seg i forbindelse med sønnens behandlingsopplegg mot rusavhengighet ved private institusjoner i utlandet. Institusjonsplassen ble formidlet gjennom kommunen, som hadde konkludert med at sønnen trengte behandling. Det var en forutsetning at foreldrene garanterte for oppholdet. Søknaden om refusjon, som ble sendt etter at rusreformen var iverksatt, ble avslått av helseforetaket og Helsetilsynet i fylket. Kommunen avslo også klagerens krav om dekning av utgiftene.*

*Ombudsmannen uttalte at kommunen ikke hadde overholdt plikten etter sosialtjenesteloven til å søke om institusjonsplass. Dette syntes likevel ikke å ha hatt avgjørende betydning for muligheten til å få offentlig støtte til behandlingen. Spørsmål om forskjellsbehandling ble drøftet. Selv om klagerens sønn hadde «rett til nødvendig helsehjelp» etter pasientrettighetsloven, ga ikke dette grunnlag for et krav om dekning av utgifter fra helseforetaket. På grunn av de spesielle omstendighetene i saken, oppfordret likevel ombudsmannen helseforetaket til å vurdere dekning av i alle fall en del av utgiftene. Helseforetaket tilbød deretter foreldrene delvis dekning.*

Etter flere år med rusmisbruk fikk A våren 2003 kontakt med den fylkeskommunale spesialisttjenesten for rusbehandling. A og terapeuten konkluderte med at han trengte behandlingsplass ved en langtidsinstitusjon. Kontakten opphørte imidlertid i juli 2003 da A unnlot å møte til polikliniske samtaler. Det var på dette tidspunktet ikke iverksatt noe arbeid for å skaffe til veie en behandlingsplass.

I samme periode hadde A, etter initiativ fra foreldrene, også kontakt med sosialtjenesten i X kommune. Han mottok økonomisk sosialhjelp og hadde samtaler med tilsatte ved sosialkontoret, som var

kjent med kontakten med den fylkeskommunale klinikken. I oktober 2003 opplevde foreldrene sønnens situasjon som kritisk og drøftet mulighetene for institusjonsplass med sosialkontoret. Vedkommende saksbehandler formidlet deretter kontakt med den private institusjonen Y i Danmark. Det var en forutsetning for oppholdet at foreldrene garanterte for utgiftene, noe de gjorde. A ble kort tid etter innskrevet ved institusjonen. Søknad om fylkeskommunal støtte/refusjon ble diskutert med sosialtjenesten, som i brev 1. desember 2003 skrev til foreldrene:

«Når det gjelder søknad til fylkeskommunen, vil jeg råde dere til å vente til 01.01.04, da det er et nytt system som trår i kraft ved årsskiftet. [Det] er fremdeles uklart hvordan dette vil bli fremover, og ber dere derfor vente til ny saksbehandler kommer på plass. Jeg slutter mitt vikariat her den 31.12.03 ...»

Ansvar for driften av fylkeskommunale institusjoner for rusbehandling ble 1. januar 2004 overført til staten ved de regionale helseforetakene (rusreformen). I februar søkte foreldrene fylkeslegen om dekning av utgiftene til behandlingen. Fylkesmannen (ved fylkeslegen) oppfattet henvendelsen som en søknad om økonomisk sosialhjelp og opplyste at sosialkontoret var riktig adressat.

På vegne av A og hans foreldre søkte deretter sosialtjenesten i kommunen det lokale helseforetaket (den tidligere fylkeskommunale klinikken) om refusjon. Helseforetaket avsto søknaden og uttalte at spesialisthelsetjenesten i ettertid ikke kunne «godkjenne et privat iverksatt behandlingsopplegg som ikke var fremlagt for og godkjent av bevilgende myndigheter i Fylkeskommunen etter gjeldende lovverk før 01.01.04». A hadde etter helseforetakets syn uansett ikke rett til å velge en behandlingsinstitusjon i utlandet etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 2-4.

Etter klage besluttet Helsetilsynet i fylket (ved fylkeslegen) 25. april 2005 å opprettholde avslaget. I separat brev til kommunen samme dag kritiserte fylkesmannen (ved fylkeslegen) sosialtjenesten for sin behandling og oppfølging av As sak, blant annet for ikke å ha fremmet søknad til fylkeskommunen om godkjenning av institusjonsplass høsten 2003. Foreldrene krevde deretter at kommunen skulle dekke utgiftene til behandlingen helt eller delvis. Kommunen vurderte saken som et krav om erstatning og avviste kravet.

Saken ble deretter brakt inn for ombudsmannen. Klagen hit gjaldt for det første sosialkontorets saksbehandling. Foreldrenes advokat hevdet blant annet at sosialkontoret hadde brutt sin forpliktelse til å etablere et behandlingsopplegg og til å vurdere midlertidige tiltak etter sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 6-1 høsten 2003. Han anførte også brudd på veiledningsplikten knyttet til innsending av en søknad om fylkeskommunal godkjenning av institusjonsoppholdet. God forvaltningsskikk tilsa et-

ter klagernes oppfatning at sosialtjenesten i alle fall tyet delvis refusjon.

For det andre gjaldt klagen Helsetilsynets saksbehandling og avgjørelse 25. april 2005. Vilkårene for refusjon ble anført å foreligge. Etter klagernes mening var sønnen usaklig forskjellsbehandlet i forhold til en annen pasient fra distriktet med tilsvarende behandlingsbehov. Denne pasienten gjennomførte behandling ved samme institusjon i samme tidsrom og fikk dekket omkostningene ved oppholdet av helseforetaket.

I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for sitt syn på kommunens mulige ansvar for behandlingsutgiftene etter sosialtjenesteloven. I samme brev ble Helsetilsynet bedt om å gi sitt syn på om helseforetaket etter gjeldende regelverk var utelukket fra å godkjenne dekning av utgiftene i ettertid, slik det var anført i vedtaket. Klagernes anførsel om forskjellsbehandling og betydningen av de feil og mangler ved oppfølgingen av A som fylkesmannen (fylkeslegen) hadde avdekket, ble også tatt opp.

I sitt svar uttalte fylkeslegen bl.a. følgende om spørsmål knyttet til kommunens ansvar:

«I foreliggende sak har foreldrene henvendt seg flere ganger til sosialkontoret. Sosialkontoret vurderer at det er et behandlingsbehov, men unnlater å behandle søknaden som en sak som eventuelt kan undergis klagesaksbehandling for fylkesmannen og iverksetting av tiltak etter § 6-1. Det fremmes ikke søknad om behandlingsplass. Familien blir rådet til å vente med å fremme søknad om refusjon for å vente til rusreformen er gjennomført. Det kan således argumenteres med at ... en her har medvirket ved inntaket av klienten.

Disse hensyn taler for at det her kan foreligge ansvarsbetingende medvirkning.

Dette leder hen til Sivilombudsmannens andre anførsel.

Selv om kommunen visste at det var mangel på fylkeskommunale institusjons-plasser, kan dette ikke fritta kommunen fra å fremme søknad (Før 01.01.04; søknad, etter 01.01.04; Henvisning).

For det første påhvilde det også fylkeskommunen å foreta en selvstendig vurdering og eventuelt prioritere søknaden fra A fremfor andre. Et avslag kunne eventuelt ledet til at X kommune ville vært forpliktet til å etablere midlertidige tiltak. Tiltak som også kunne omfatte institusjonsplass. Det at det avdekkes kapasitetsmangler ved fylkeskommunale tiltak fritar ikke kommunen fra å iverksette midlertidige tiltak i påvente av fylkeskommunale tiltak.

Dette vil for øvrig også være situasjonen etter rusreformen (fra 1.1.2004). I påvente av institusjonsplass i spesialisthelsetjenesteinstitusjon vil kommunen etter en konkret vurdering kunne ha plikt til å etablere tiltak i annen type institusjon. Kommunens ansvar etter rusreformen er uforandret.

Selv om det sannsynlige utfallet av en søknad om institusjonsplass ville blitt avslag, kan fylkesmannen etter dette ikke se at en kan legge en slik begrensning som X kommune her legger til grunn.

Fylkesmannen kan imidlertid ikke se i hvilken grad kommunen som følge av manglende oppfølging i ettertid vil være ansvarlig for å dekke utgiftene. Det er ikke gitt regler om dette i sosialtjenesteloven.»

Om avslaget fra helseforetaket het det:

«Det er etter hva Fylkesmannen kan se intet til hinder [for] at foretak kan godkjenne dekning av utgifter i ettertid så lenge tiltaket kan anses faglig forsvarlig. I den forbindelse kan en vise til endringer i pasientrettighetsloven som trådte i kraft 1. september 2004. Nytt prl § 2-1 fjerde ledd anfører at dersom det regionale helseforetak ikke sørger for nødvendig helsehjelp så kan pasienten ha rett til å motta nødvendig helsehjelp «om nødvendig fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket».

Det er også i denne sammenheng grunn til å minne om at praksis både før og etter rusreformen har vært at det «kjøpes plasser» utenfor helseregionen og i utlandet. Dette er også anført i denne sak.»

Fylkeslegen uttalte følgende om forskjellsbehandling:

«Etter Fylkesmannens syn er behandlingsforløpet og kontakten med avdeling for rus og avhengighetsbehandling forskjellig [for] de to pasientene. ...

... Det faktiske behandlingsbehovet er således likt. De to pasientenes behov for institusjonsplass er etter dette sammenlignbare.

Det som skiller sakene er at i den andre saken var søkt inn til institusjonsbehandling i den fylkeskommunale institusjonsomsorgen og gitt garanti for behandlingsplass etter lov om sosiale tjenester før 01.01.04. Pasienten ble vurdert å være i et godkjent behandlingssopplegg som ble søkt videreført ....»

Klagernes advokat fikk anledning til å kommentere brevet. Han understreket at forskjellsbehandlingen ble opplevd som urimelig og urettferdig og at forskjellen mellom de to refusjonssakene hadde sin årsak i svikt hos offentlige organer.

Saken ble tatt opp med Helsetilsynet i fylket på nytt. Det ble herfra påpekt at vurderingstemaet i saken ikke var As eventuelle valgt med hensyn til behandling, men helseforetakets egen vurdering av hvilket behandlingssted og hvilken behandlingsform som ville vært aktuelt, forutsatt at A hadde rett til nødvendig helsehjelp i den aktuelle perioden, jf. pasientrettighetsloven § 2-1. Spørsmålet om rett til nødvendig helsehjelp var ikke vurdert, og det ble herfra bedt om en slik vurdering.

Helsetilsynet innhentet uttalelse fra helseforetaket og uttalte i brev hit:

«Det fremgår av uttalelsen fra [helseforetaket] at dersom As «hjelpbehov skulle vært vurdert etter gjeldende helselover fra 01.01.04», anser en at

1) han ville blitt vurdert til å ha rett til nødvendig helsehjelp, og

2) med tilråding om behandling i langtidsinstitusjon.

Dette var ... også situasjonen forut for rusreformene (01.01.04), men da etter bestemmelsene i sosialtjenestelovens kap. 6.

Når det gjelder vurderingen av behandlingssted konkluderer [helseforetaket] med at det ikke ville vurdert det som hensiktsmessig å kjøpe plass i utlandet.

---

... I ettertid kan en argumentere for at fylkeskommunen burde fulgt opp A da kontakten med han opphørte 08.07.03. I alle fall burde det vært en bedre dialog/kontakt mellom de pårørende, sønnen, fylkeskommunen/[helseforetaket] og kommunen.»

Saken ble også forelagt kommunen, som i sitt svar blant annet uttalte:

«Fylkesmannens brev ... tar særlig for seg to forhold som må kommenteres. Det ene er antydningen om at kommunens medvirkning til innleggelse på Y i Danmark kan lede til et økonomisk ansvar. Det andre er kommunens manglende fremming av søknad om institusjonsplass.

Til et eventuelt medvirkningsansvar vil vi kort bemerke at kommunen kun påtok seg å informere om de muligheter som kunne foreligge i forhold til rask behandling og hvor, i dette tilfellet, foreldrene kunne påvirke hvor raskt en institusjonsplass kunne skaffes. De ble informert om tilbudet i Danmark og uttrykkelig informert om den økonomiske garantien de i så fall måtte stille. De ble også informert om adgangen til å søke dette refundert, men det var klart at dette uansett ikke lå til kommunen. De kan således ikke ha hatt noen berettiget forventning om at kommunen kunne ordne refusjon for dem. Utvilsomt har kommunen medvirket til at A ble innlagt på Y, men verken erstatningsrettslig eller forvaltningsrettslig kan det utledes noe økonomisk ansvar for oppholdet som sådan eller for en skuffet forventning om etterfølgende refusjon. ...

---

Når det gjelder manglende fremming av søknad om institusjonsplass og for så vidt også søknad om refusjon for behandlingsutgifter mener vi kommunen kan kritiseres, men vi stiller oss tvilende til om dette har hatt noen innvirkning på resultatet. Som det fremkommer i saken hadde sosialkontoret mye kontakt både med A selv og hans foreldre og det ble etter hvert prekært for foreldrene å foreta seg noe i form av et behandlingsopplegg. Bakgrunnen for at det på dette tidspunkt (høsten 2003) ikke ble fremmet noen søknad om institusjonsplass var den lange saksbehandlingstiden som da måtte påregnes. Det må også innskytes at A selv hadde brutt den polikliniske kontakten som også hadde til hensikt å avklare behandlingsbehovet. Som fylkesmannen helt korrekt anfører fritar ikke dette for vårt ansvar om å fremme en søknad etter sosialtjenesteloven, men her tenkte man nok mer pragmatisk og mindre formalisert. Fylkesmannen synes for øvrig å være enig med oss om [at] dette neppe hadde noen innvirkning på resultatet.»

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. X kommunes behandling og vurdering

Sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 6-1 (Hjelpetiltak), før lovendring med ikrafttredelse 1. januar 2004, lød slik:

«Gjennom råd, veiledning og hjelpetiltak, jf. §§ 4-1 og 4-2, skal sosialtjenesten hjelpe den enkelte til å komme bort fra misbruk av alkohol og andre rusmidler. På tilsvarende måte skal det gis råd, veiledning og hjelp til vedkommendes familie.

Når det er behov for det og klienten ønsker det, skal sosialtjenesten sørge for et behandlingsopplegg. Dette opplegget kan blant annet omfatte oppnevning av støttekontakt, etablering av støtteopplegg på arbeidsplassen og kontakt med primærhelsetjeneste eller spesialhelsetjenester.

Dersom slik hjelp utenfor institusjon ikke er tilstrekkelig, skal sosialtjenesten sørge for plass i en egnet behandlings- eller omsorgsinstitusjon. Kan behovet for slik institusjonsplass ikke dekkes, skal sosialtjenesten om nødvendig sørge for midlertidige tiltak.

Sosialtjenesten skal følge opp klienten i behandlingsoopplegget gjennom samtaler og om nødvendig hjemmebesøk, og ved å legge til rette nødvendige tiltak ved avslutningen av et eventuelt institusjonsopphold.

Sosialtjenesten skal utarbeide tiltaksplan for rusmiddelmissbruker som er i institusjon etter vedtak med hjemmel i §§ 6-2 eller 6-2a. Kongen kan gi forskrifter om innholdet i tiltaksplanen.»

Ifølge sosialtjenesteloven § 7-1, slik bestemmelsen lød før lovendring med ikrafttredelse 1. januar 2004, hadde fylkeskommunen «ansvaret for etablering og drift av institusjoner med tilknyttede spesialtjenester for omsorg og behandling av rusmiddelmissbrukere».

I Sosialdepartementets rundskriv I-1/93 er det uttalt følgende under punkt 6.1.2.4:

«Det er fylkeskommunen som har ansvaret for etablering og drift av institusjoner, jf § 7-1 og kommentarene til denne bestemmelsen. Når kommunen skal søke om institusjonsplass for en misbruker, må kommunen henvende seg til fylkeskommunen, evt. den instans som har ansvaret for inntak i vedkommende institusjon, se merknadene til § 7-6.»

Jeg har merket meg at så vel kommunen som fylkesmannen har gitt uttrykk for at kommunen etter sosialtjenesteloven hadde plikt til å fremme søknad om institusjonsplass for A, og at kommunen ikke har overholdt denne plikten. Dette er jeg enig i. Kommunens plikt følger av sosialtjenesteloven § 6-1 tredje ledd, jf. foran. Slik saken ligger an, gir den ikke foranledning til å gå inn på spørsmålet om midlertidige tiltak.

Som fylkesmannen fremholder, er det ikke hjemmel i sosialtjenesteloven for å pålegge kommunen å dekke utgiftene forbundet med oppholdet på rusinstitusjonen i Danmark og i Sverige.

Spørsmålet er da om kommunen kan pålegges å dekke utgiftene med hjemmel i alminnelige erstatningsrettslige regler. Slik saksforholdet ligger an, er det vanskelig for meg å fastslå at kommunen har et slikt erstatningsansvar. Det er usikkert hvorvidt fylkeskommunen ville ha innvilget en søknad om behandlingsplass, selv om kommunen hadde fremmet slik søknad i god tid før 1. januar 2004. Det fremstår derfor som usikkert om det foreligger et tap som er forårsaket av kommunens saksbehandlingsfeil. Jeg er således enig med kommunen når den i brev 5. september 2005 til klagerens advokat fremholder at «(en) lang rekke av hypoteser måtte i så fall slå til for at en slik slutning kan trekkes». Jeg kan heller ikke se at formidlingen av institusjonsplass i Danmark kan utløse erstatningsansvar for kommunen. I den forbindelse legger jeg vekt på det akutte behovet for institusjonsplass som forelå og mangelen på slike plasser i Norge, samt kommunens ansvar etter sosialtjenesteloven § 6-1. Det er ikke holdepunkter for at kommunen i denne forbindelse forespeilet klagerne at den ville dekke behandlingsutgiftene.

## 2. Helsemyndighetenes behandling og vurdering

### 2.1. Fylkeskommunen

Det avgjørende for utfallet av refusjonssaken var at A verken var søkt inn til institusjonsbehandling eller at det var gitt fylkeskommunal garanti for behandlingsplass etter sosialtjenesteloven. Etter det som er opplyst var det en forutsetning fra sentrale myndigheter ved overgang til nytt lovverk at personer som var i «godkjent behandlingsopplegg i institusjon» ved årsskiftet skulle kunne fullføre behandlingsløpet, jf. helseforetakets avslag. Et krav på refusjon med grunnlag i tidligere praksis og/eller forutsetninger knyttet til rusreformen, forutsetter derfor fylkeskommunal godkjenning (garanti) gitt før 1. januar 2004, da fylkeskommunens ansvar opphørte. Slik godkjenning foreligger ikke.

Refusjonssaken kan også vurderes som et erstatningskrav basert på fylkeskommunens forhold. Det fremgår av helseforetakets avslag ... at A hadde samtaler med terapeuten ved klinikken i perioden 18. mars - 1. juli 2003. Det fremgår videre at det i den siste samtalen ble konkludert med «å starte arbeidet med å søke behandlingsplass i egnet institusjon». Jeg forstår det slik at en sentral del av dette arbeidet ville ha vært å søke fylkeskommunal garanti for institusjonsopphold. Dette arbeidet ble ikke iverksatt fordi A ikke møtte til videre poliklinisk kontakt. Det var ingen kontakt mellom klinikken/helseforetaket og pasienten før søknad om refusjon ble mottatt 19. april 2004. Fylkeslegen har i brev hit 18. september 2006 uttalt at en i ettertid kan «argumentere for at fylkeskommunen burde fulgt opp A da kontakten med han opphørte 8. juli 2003», og at i alle fall «burde det vært en bedre dialog/kontakt mellom de pårørende, sønnen, fylkeskommunen/[helseforetaket] og kommunen».

Uansett eventuelle kritikkverdige forhold fra klinikkens side, er det vanskelig å se at det ut fra dette kan utledes noe rettslig ansvar for de påløpte behandlingsutgiftene.

### 2.2. Forskjellsbehandling

Refusjonskrav basert på anførsler om forskjellsbehandling er også avvist ut fra manglende godkjenning (garanti). Fylkeslegen har i korrespondansen med mitt kontor uttalt at de to pasientene var sammenlignbare med hensyn til behandlingsbehov. Forskjellen består i behandlingsforløpet og kontakten med klinikken. Det er opplyst at rusmisbrukeren i den andre saken var søkt inn til institusjonsbehandling og gitt garanti etter sosialtjenesteloven før rusreformen trådte i kraft. Nærmere opplysninger om denne saken er gitt av [helseforetaket] blant annet i brev til Helsetilsynet 21. februar 2005. Jeg har ikke grunnlag for å rette avgjørende innvendinger mot konklusjonen om at det ikke foreligger usaklig forskjellsbehandling, jf. Helsetilsynets klagevedtak 25. april 2005. Det er imidlertid lett å forstå at klagerne kan anse vektleggingen av fylkeskommunal garanti som urimelig, all den stund behandlingsbehovet var likt og behandlingen fant sted på samme sted og til samme tid.

### 2.3 Pasientrettighetsloven m.v.

I brev 2. april 2004 henviste sosialtjenesten i X kommune A til helseforetaket «for vurdering av behandling for rusmiddelproblemer». Det var presisert at henvisningen «dreier seg om å få dekket oppholdet på Y fra 01.01.04 og frem til behandlingen er fullført». Det ble også søkt om poliklinisk behandling for høsten 2004. I sitt avslag 27. september 2004 gjorde [helseforetaket] rede for fylkeskommunens anstrengte økonomi høsten 2003 og at A uansett hadde måttet påregne ventetid for en behandlingsplass på ½ til 1 år. Helseforetaket uttrykte forståelse for ønsket om private løsninger, men opplyste at «spesialisthelsetjenesten kan ikke i ettertid godkjenne et privat iverksatt behandlingsopplegg som ikke var fremlagt for og godkjent av bevillende myndigheter i Fylkeskommunen» etter dagjeldende lovverk. Helsetilsynet siterte denne delen av begrunnelsen i sitt klagevedtak og uttalte at den er «i henhold til gjeldende rett».

Etter foreleggelse herfra har Helsetilsynet uttalt at det er «intet til hinder [for] at foretaket kan godkjenne dekning av utgifter i ettertid så lenge tiltaket kan anses faglig forsvarlig». Helsetilsynet synes med dette å ha endret rettsoppfatning. Jeg kan ikke se at det er rettslige skranker for helseforetakene til å godkjenne en behandlingsplass i ettertid, med den konsekvens at refusjon ytes helt eller delvis. Et annet spørsmål er om foreldre eller andre kan *kreve* slik godkjenning/refusjon i en sak som denne. Klagen hit



er svært knapp med hensyn til det rettslige grunnlaget for et refusjonskrav.

Det krav som A kunne ha overfor helseforetaket etter 1. januar 2004, var et krav på eller en rett til «nødvendig helsehjelp», jf. pasientrettighetsloven § 2-1. I dette ligger en rett til ulike typer av tjenester fra spesialisthelsetjenesten, men ikke økonomisk hjelp. Et refusjonskrav kan ikke forankres direkte i denne bestemmelsen. Et krav i klagerens situasjon kan, slik jeg ser det, eventuelt bygge på rent erstatningsrettslige synspunkter eller på rene rimelighetsbetraktninger (billighet). Jeg leser klagen og de underliggende dokumentene slik at det er dette som anføres. I en slik sammenheng vil vurderinger i ettertid knyttet til retten til nødvendig helsehjelp kunne være relevant.

Verken helseforetaket eller Helsetilsynet vurderer om A hadde rett til nødvendig helsehjelp. Det ble imidlertid vist til at han ikke har rett til å velge sykehus eller behandlingssted, jf. lovens § 2-4. Perspektivet var altså As manglende valgrett, og ikke helseforetakets egen vurdering av behandlingsbehov og behandlingstilbud. Etter foreleggelse herfra har A i ettertid blitt vurdert til å ha hatt rett til nødvendig helsehjelp i den aktuelle perioden, med tilråding om behandling i langtidsinstitusjon. Helseforetaket ville imidlertid ikke vurdert det som hensiktsmessig å kjøpe plass i utlandet.

Etter denne avklaringen har jeg ikke rettslig grunnlag for å kritisere helseforetakets eller Helsetilsynets vurdering av saken. Etter mitt syn ville det vært en fordel om helseforetaket i sitt avslag hadde klargjort at foretaket uansett ikke ville kjøpt en plass i utlandet. Jeg har fått opplyst at enkelte andre helseforetak har kjøpt behandlingstilbud ved nettopp Y. I den saken som klagerne bruker som sammenligningsgrunnlag, ga foretaket nettopp refusjon for behandling utenlands (ved Y). Jeg antar at en noe mer utfyllende begrunnelse for avslaget kunne gjort klagerne bedre i stand til å forstå konklusjonen, som for dem oppleves som urimelig og uforståelig.

### 3. Avslutning

På *rettslig grunnlag* kan jeg ikke se at det kan rettes innvendinger mot at refusjons- og erstatningskravene mot henholdsvis kommunen og helseforetaket har blitt avslått. Sosialtjenesten i X kommune overholdt imidlertid ikke sin plikt til å fremme søknad om institusjonsplass. Jeg har også hatt enkelte kritiske merknader til helseforetakets og Helsetilsynets vurdering av saken.

Sett fra klagerens side var det livsnødvendig å få sønnen under behandling høsten 2003. Både sosialkontoret, fylkeskommunen/klinikken (før 1. januar 2004) og helseforetaket (etter denne datoen) var enige om at A trengte behandling i en langtidsinstitusjon. Han er også i ettertid vurdert til å ha hatt rett til nødvendig helsehjelp etter pasientrettighetsloven. I klagen til Helsetilsynet heter det at «behandlingen

ved Y [har] hjulpet ham tilbake til livet, men for vår kostnad. Vi har betalt en regning det offentlige skulle betale». Det er opplyst at kostnadene utgjør rundt 200 000 kroner.

Jeg har forståelse for at det oppleves som urimelig at den økonomiske byrden ved nødvendig behandling i sin helhet legges på foreldrene i en slik vanskelig situasjon. Det kan anføres at helseforetaket og eventuelt kommunen har spart utgifter som ellers ville påløpt om saken var blitt korrekt behandlet og foreldrene ikke hadde stilt garanti. Jeg har forstått det slik at helseforetaket da måtte ha kjøpt en behandlingstilbud til A. Problemstillingen i saken synes altså ikke å være utnyttning av egen behandlingstilbudskapitet, men en ren pengeoverføring til nødvendig behandling. Klagerne opplever det særlig urimelig ikke å få noen dekning overhodet, når en annen rusmisbruker fra distriktet med tilsvarende behandlingstilbud fikk dekning for sin behandling ved samme institusjon til samme tid. Dette har jeg forståelse for.

Det kan argumenteres med at helseforetaket i det minste vurderer en delvis dekning ut fra disse synspunktene. Slik saken ligger an, vil jeg oppfordre til en slik vurdering.»

Helseforetaket vurderte deretter saken på nytt og tilbød foreldrene å dekke kr. 85 000 av kostnadene. I begrunnelsen het det:

«Vi vil understreke at vi ikke gjør det ut fra en rettslig plikt, men ut fra at vi som hjelpeinstans ser at familien har kommet meget uheldig ut i sitt møte med hjelpeapparatet. Det er da i tråd med sykehusets etiske og verdimeslige føringer at vi prøver å bøte på dette. Det forutsettes at beløpet aksepteres som et fullstendig oppgjør, og at det etter dette ikke er grunnlag for flere krav mot SSHF i denne sak.»

## Barnevern, fosterhjem

### 52.

#### Saksbehandlingen av midlertidige vedtak i fylkesnemndene for sosiale saker

(Sak 2007/762)

*Fylkesnemnda skal etter barnevernloven § 7-2 bokstav g behandle klager over midlertidige vedtak om omsorgsovertakelse og tvangsplassering og tilbakehold i institusjon.*

*Ombudsmannen hadde mottatt flere klager på Fylkesnemnda i Oppland og Hedmark, som i foreløpig svar til klagerne hadde vist til kapasitetsproblemer, som medførte at klagen over de midlertidige vedtakene ikke kunne behandles separat, men måtte utstå til hovedsaken kom opp. Barne- og likestillingsdepartementet redegjorde i svar på spørsmål fra ombudsmannen for iverksatt styrking av beman-*

*ningen og for Stortingets vedtak om nye saksbehandlingsregler for fylkesnemndene.*

På bakgrunn av flere klager på saksbehandlingen av midlertidige vedtak om omsorgsovertakelse m.m. i Fylkesnemnda for sosiale saker i Oppland og Hedmark ble det rettet en generell henvendelse til Barne- og likestillingsdepartementet.

Det ble vist til at fylkesnemnda etter barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 § 7-2 bokstav g skal behandle klager over midlertidige vedtak om blant annet omsorgsovertakelse, tvangsplassering og tilbakehold i institusjon. Videre ble det vist til at fylkesnemnda, i sakene klaget inn for ombudsmannen, i foreløpig svar til klagerne hadde vist til kapasitetsproblemer, som medførte at klagen over de midlertidige vedtakene ikke kunne behandles separat, men måtte utstå til hovedsaken kom opp. Det var forsøkt å få klagen behandlet av en annen nemnd via det såkalte flaggesystemet, men uten å lykkes.

I henvendelsen viste ombudsmannen til at det i årsmeldingen for 1997 på side 179 (Somb-1997-44) var omtalt en sak som gjaldt slik berammingspraksis, og at det daværende Barne- og familiedepartementet uttalte at den private part i utgangspunktet har krav på at klager over midlertidige vedtak behandles særskilt innen den frist loven setter.

Det ble også vist til innstilling 31. mai 2005 fra Fylkesnemndsutvalget til Barne- og familiedepartementet om «Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker», jf. NOU 2005:9, der etterprøving av akuttvedtak er omhandlet i kapittel 18. På side 92 fremgår at fylkesnemndene ikke har statistikk på hvor mange klagesaker som forenes med hovedsaken, men at det skjer unntaksvis. Fylkesnemndsutvalget fant det betenkelig og problematisk at behandlingstiden for etterprøving av akuttvedtak trekker ut, fordi det også kan føre til at de reelt sett unndras etterprøving, jf. side 93 annet avsnitt. Det ble også vist til omtale av saksbehandlingstiden i saker etter barnevernloven i Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) og i Innst. O. nr. 2 (2006-2007).

Det ble bedt om departementets kommentarer til problemstillingen og om departementet mente at den ordningen loven og berammingspraksis legger opp til, ivaretar de viktige rettssikkerhetsmessige hensyn som gjør seg gjeldende i disse sakene. Videre ble det bedt opplyst om departementet hadde iverksatt, eller planla å iverksette, tiltak for å bedre kapasiteten ved Fylkesnemnda for sosiale saker i Hedmark og Oppland.

Departementet svarte slik:

«Departementet vil i denne forbindelse ta utgangspunkt i det arbeidet som nylig er gjort når det gjelder oppfølgingen av NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker. Utvalgets forslag er vurdert i Ot.prp. nr. 76 - (2005-2006) om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.). Som kjent ble proposisjonen

behandlet i Odelstinget 19. oktober 2006, jf. Inst. O. nr. 2 (2006-2007) og Besl. O. nr. 2 (2006-2007). Stortingets vedtak innebærer nye saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for sosiale saker som skal tre i kraft 1. januar 2008, samtidig som den nye tvisteloven trer i kraft.

Formålet med de nye reglene er først og fremst å legge til rette for en enhetlig og hensiktsmessig saksbehandling i fylkesnemndene i tråd med de grunnregler for god saksbehandling som gjelder for domstolene. Det er derfor også et mål med reglene at den moderniseringsprosess som pågår for domstolene får virkning for fylkesnemndenes saksbehandling, herunder at de bidrar til effektivitetsfremmende forenklinger.

Når det gjelder behandlingen av akuttsakene spesielt, har det fra ulike hold vært satt søkelys på hvorvidt de regler som gjelder sikrer en forsvarlig behandling som står i forhold til vedtakets inngripende karakter. På denne bakgrunn er det nå innført nye saksbehandlingsregler i fylkesnemndene også for disse sakene, jf. §§ 7-22 og 7-23. Mye av kritikken mot dagens ordning med full fylkesnemndsbehandling av en klagesak, har vært rettet mot den lange saksbehandlingstiden og at klagesaken kommer opp først kort tid før hovedsaken. Det er derfor etablert en ordning med en noe enklere behandling enn det som følger av dagens klageordning, slik at hensynet til å oppnå en rask avklaring har fått avgjørende betydning.

For øvrig er fylkesnemndenes saksbehandlingstid i barnevernssaker gjenstand for løpende vurdering og oppfølging fra departementets side. Departementet har sørget for en grunnbemannning i den enkelte nemnd, men det er en utfordring å være riktig bemannet til enhver tid da saksmengden varierer i løpet av året. Fra 2005 til 2006 hadde fylkesnemndene en markant saksøkning på 10 % som videre resulterte i lengre saksbehandlingstid i enkelte nemnder. Departementet tok situasjonen alvorlig, og iverksatte tiltak gjennom en midlertidig styrking av nemndenes ressurser i 2006, med en påfølgende permanent ressursstyrking fra 2007. Da det tar tid å rekruttere kvalifisert personell, vil ikke en ressursøkning umiddelbart resultere i kortere saksbehandlingstid. I tillegg gjør nemndenes lokalisering og størrelse at enkelte nemnder er mer sårbare enn andre dersom uforutsette situasjoner skulle oppstå.

Slike faktorer har også vært utslagsgivende når Fylkesnemnda i Oppland og Hedmark den siste tiden har hatt kapasitetsproblemer. I tillegg hadde nemnda i perioden fra 31. des. 2005 til 31. des. 2006 en økning i saksmengden på 11 %, og en økning på hele 57% per 24. april 2007 sammenlignet med samme periode året før. Samtidig er Oppland og Hedmark en av de minste nemndene i landet med totalt 3,5 årsverk. Da departementet ble informert om den kraftige saksøkningen, ble det i samråd med regionleder vurdert tiltak for å forhindre uholdbar lang saksbehandlingstid i nemnda. Dette resulterte i at en ekstraordinær nemndsleder ble satt inn.

Det vises videre til at de nye saksbehandlingsreglene som omhandler nemndenes sammensetning, hvor hovedregelen innebærer at det skal være tre nemndsmedlemmer (mot fem tidligere), trådte i kraft allerede 1. jan. 2007. Denne effektiviseringen av saksbehandlingen forventes å ha en effekt nå i 2007.

Departementet mener etter dette at styrkingen i Fylkesnemnda i Oppland og Hedmark sammen med de nye saksbehandlingsreglene, vil være tilstrekkelig for å redusere saksbehandlingstiden i nemnda til et akseptabelt nivå og sikre at behandlingen av akuttsakene vil skje i samsvar med lovens forutsetninger».

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Allerede i årsmeldingen for 1997 side 179 påpekte jeg at berammingspraksisen i akuttsakene ikke var i samsvar med barnevernlovens regler. Med de tiltakene departementet nå har redegjort for, antar jeg at behandlingen av disse sakene vil ivareta de viktige rettssikkerhetsmessige hensynene som gjør seg gjeldende. Det er av stor betydning at fylkesnemndenes berammingspraksis og saksbehandlingstid i barnevernsaker er gjenstand for løpende vurdering og oppfølging fra departementets side».

## 53.

### Saksbehandlingen i sak om anonym bekymringsmelding til barnevernet

(Sak 2007/682)

*En ung kvinne ringte anonymt til barnevernet om forhold i et fosterhjem under etablering, som gjaldt hennes far og stemor. Hun oppga verken egen eller fosterhjemmets identitet. Barnevernet forsto likevel hvem som hadde ringt og hvilket hjem det gjaldt og videreformidlet dette til fosterhjemstjenesten, som igjen informerte fosterhjemmet. Fylkesmannen behandlet som tilsynsmyndighet en klage på barnevernets saksbehandling. Ombudsmannen fant fylkesmannens behandling av klagen mangelfull.*

En 23 år gammel jente ringte til barnevernet fordi hennes far og stemor var blitt godkjent som fosterforeldre og skulle få et fosterbarn. Hun var bekymret for deres evne til å mestre en slik oppgave, på grunn av deres forhold til alkohol. Da hun var redd for å ødelegge sitt forhold til faren, kontaktet hun barnevernet anonymt, og oppga heller ikke navnene til faren eller stemoren. Vakhavende i barnevernet opplyste i telefonsamtalen at hun anså opplysningene å være alvorlige, men at barnevernet ikke kunne gå videre med saken uten at hun oppga navnet sitt. Vakhavende oppga sitt direktenummer, men barnevernet ble aldri kontaktet på nytt.

Opplysningene som var gitt, var likevel nok til at barnevernet forsto hvem som hadde ringt og hvilket fosterhjem det gjaldt. Barnevernets saksbehandler i fosterhjemssaken (en annen enn vakhavende som mottok telefonhenvendelsen) henvendte seg senere på telefon til fosterhjemstjenesten (Bufetat) og informerte om de mottatte opplysningene, hvem som hadde ringt og hvilket fosterhjem det gjaldt. Saksbehandleren i fosterhjemstjenesten informerte så fosterhjemmet om forholdet og hvem som sto bak.

Innringeren ble ikke varslet om at barnevernet hadde gått videre med saken, og fikk kjennskap om det fra sin far og stemor.

Barnevernets saksbehandling ble klaget inn for fylkesmannen. Det ble særlig vist til at det hadde medført store ubehageligheter for datteren at hennes identitet hadde blitt gitt til kjenne for faren og stemoren. Fylkesmannen tok som tilsynsmyndighet opp saken med barneverntjenesten, jf. barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 § 2-3 tredje ledd. Barneverntjenesten redegjorde i svar til fylkesmannen for saksbehandlingen, og opplyste at intensjonen fra deres side hadde vært at opplysningene fra innringeren skulle behandles konfidensielt, og at hennes navn ikke skulle gjøres kjent for faren og stemoren. Det ble redegjort for at barneverntjenesten hadde formidlet til fosterhjemstjenesten at innringeren ønsket å være anonym. Fosterhjemstjenesten ga uttrykk for at den fant det nødvendig å informere faren og stemoren, da barneverntjenesten på bakgrunn av opplysningene som var gitt, ikke lenger ønsket å benytte dem som fosterforeldre. I en uttalelse fra fosterhjemstjenesten, innhentet av barnevernet til bruk i saken for fylkesmannen, ble det opplyst at saksbehandleren i fosterhjemstjenesten hadde oppfattet barnevernet slik at innringeren i utgangspunktet hadde ønsket å være anonym, men at hun senere hadde gått fra dette ønsket.

Ved sin avslutning av saken la fylkesmannen til grunn at hovedspørsmålet gjaldt beskyttelse av en kilde som ønsker å være anonym, og redegjorde for reglene om dette. Fylkesmannen viste til at hovedregelen er at taushetsplikten ikke er til hinder for at opplysninger om en kilde gjøres kjent for sakens parter, men at forvaltningsloven 10. februar 1967 § 19 annet ledd, bokstav b, om opplysninger som av særlig grunn ikke bør meddeles en part, må vurderes. Fylkesmannen konstaterte at det forelå motstridende opplysninger om hvordan saken hadde vært håndtert og uttalte seg derfor ikke mer om den konkrete saken. Det ble henstilt til de offentlige myndigheter om i fremtiden å være seg bevisste hvordan man håndterer spørsmålet om anonymitet og gi kilden opplysninger om hvordan regelverket er på området.

Juss-Buss brakte saken inn for ombudsmannen, og klaget på barnevernets og fylkesmannens saksbehandling. Det ble anført at fylkesmannen i sin behandling ikke hadde sørget for at saken var tilstrekkelig opplyst og at hovedspørsmålet i saken var om opplysningene gitt til barnevernet skulle vært journalført, jf. forvaltningsloven §§ 17 og 34, noe Juss-Buss anførte at de ikke skulle vært. Juss-Buss mente også at det var i strid med god forvaltningsskikk at barnevernet hadde opplyst innringeren om at de ikke ville gå videre med saken, men så gjorde det likevel uten å gi henne beskjed.

Saken ble herfra tatt opp med fylkesmannen, og det ble bedt opplyst om det er gitt retningslinjer for behandlingen av bekymringsmeldinger som inngis

anonymt til barneverntjenesten. Herunder ble det spurt om det opprettes sak i barneverntjenesten som følge av anonyme bekymringsmeldinger, og om det som opplyses, skal nedtegnes og oppbevares i barneverntjenesten. Videre ble det spurt om dette stiller seg likt for tilfeller der det allerede finnes en sak i barnevernet og der dette ikke er tilfellet. Det ble vist til at det ikke forelå opplysninger i saken om det var nedtegnet noe fra samtalen med innringeren, og om fylkesmannen mente at dette skulle vært gjort.

Det ble også stilt spørsmål om barnevernet, i tilfeller der en melder tilkjenner at vedkommende ønsker å være anonym, likevel kan behandle saken som inngitt av en bestemt person og således synliggjøre denne i saken. Det ble vist til at dette var mulig i foreliggende sak, fordi barnevernet hadde forstått hvem det var som ringte.

Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for om barnevernet hadde rettslig adgang til å bringe videre opplysninger om melderens identitet til fosterhjemstjenesten og adgangen til å oppgi identiteten til dem bekymringsmeldingen gjaldt. Det ble spurt om fylkesmannen mente at det skulle vært nedtegnet et referat fra samtalen mellom barneverntjenesten og fosterhjemstjenesten.

Det ble også vist til at fylkesmannen ved sin behandling hadde redegjort generelt for reglene om anonymitet, men ikke kommentert disse i forhold til denne saken på grunn av uenighet om faktum. Det ble bedt om fylkesmannens kommentarer til at noen av de problemstillingene som på bakgrunn av klagen hit, nå ble tatt opp herfra, ikke var omtalt i fylkesmannens brev.

I sitt svar viste fylkesmannen til barnevernloven § 4-2 om meldinger til barneverntjenesten og at anonyme meldinger er omtalt i Norsk Lovkommentar og i rutinehåndbok for barneverntjenesten i kommunene utgitt av Barne- og likestillingsdepartementet. Det ble vist til at plikten til å gjennomgå og registrere en melding også gjelder når opplysninger fremsettes anonymt, men at det da bør utvises varsomhet med hensyn til hvorvidt meldingen skal følges opp med undersøkelser. Det bør blant annet vurderes om meldingen er gitt i sjikanehensikt.

Fylkesmannen redegjorde videre for at meldinger som henlegges fordi barnevernet vurderer at den ikke gir grunnlag for undersøkelser, skal arkiveres i ett år, og at grunnløse meldinger bør makuleres straks. Fylkesmannen mente at god forvaltnings-skikk tilsa at opplysningene gitt i denne saken, burde vært nedtegnet, men at barneverntjenesten ikke skulle ha synliggjort navnet til melderens, fordi hun ikke hadde oppgitt sitt navn.

Om adgangen til å gi videre opplysningen om innringerens navn til fosterhjemstjenesten, viste fylkesmannen til at barneverntjenesten i visse situasjoner kan gi opplysninger til andre, men at adgangen er mer begrenset enn det som følger av forvaltningsloven § 13 b nr. 5 og 6. Opplysninger er forbeholdt de situasjoner der dette er nødvendig for å fremme

barneverntjenestens oppgaver, eller for å forebygge fare for liv eller alvorlig skade for helse. Fylkesmannen mente at det i denne saken ikke var nødvendig å oppgi navn til fosterhjemstjenesten, da opplysningen ikke var nødvendig for å utføre barneverntjenestens arbeid og at opplysningen i seg selv måtte være nok til å foreta en ny vurdering av fosterhjemmet før det ble endelig godkjent.

Til spørsmålet om adgangen til å oppgi innringerens identitet til faren og stemoren, viste fylkesmannen til at det i unntakstilfeller, på grunn av opplysningens innhold, vil være adgang for barneverntjenesten til ikke å la parten få kjennskap til enkelte opplysninger, jf. forvaltningsloven § 19. Fylkesmannen mente at det av hensyn til parten vil være riktig å praktisere størst mulig åpenhet, og at barneverntjenesten i denne saken hadde adgang til å oppgi melderens identitet til leder for fosterhjemstjenesten. Da det ikke var nødvendig for saken, mente fylkesmannen at identiteten likevel ikke skulle vært synliggjort i saken.

Fylkesmannen mente også at god forvaltnings-skikk tilsa at opplysningene gitt i telefonsamtalen mellom barnevernet og fosterhjemstjenesten, skulle vært nedtegnet. Da dette ikke ble gjort, var det vanskelig i ettertid å si hva som ble sagt i samtalen.

Fylkesmannen kommenterte ikke det forhold at noen av de problemstillingene som ble tatt opp herfra, ikke var omtalt i fylkesmannens behandling av saken.

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

#### *1. Vurderingen av henvendelsen som en melding etter barnevernloven*

Etter barnevernloven § 4-2 skal barnevernet snarest, og senest innen en uke, gjennomgå innkomne meldinger og vurdere om meldingen skal følges opp med undersøkelser. Når barnevernet mottar en henvendelse, vil det således først måtte avgjøres om henvendelsen er å anse som en melding, eller om den må avgrenses mot andre typer henvendelser, for eksempel forespørsler av annen karakter. I dette tilfellet ble det ikke nedtegnet noe fra samtalen mellom innringeren og barnevernet, hvilket vanskeliggjør en avklaring av spørsmålet. Fylkesmannen har lagt til grunn at henvendelsen var å anse som en melding, og jeg finner ikke grunn til å problematisere dette ytterligere. Barnevernet var i en situasjon der de på bakgrunn av opplysningene som var gitt, forsto hvem saken gjaldt, og måtte forholde seg til dette. Jeg er videre enig med fylkesmannen i at det skulle vært nedtegnet referat fra samtalen, noe også den videre håndteringen av saken fra barnevernets side tydeliggjør behovet for.

#### *2. Synliggjøringen av innringerens identitet*

Henvendelsen til barnevernet ble gjort anonymt, og det ble heller ikke oppgitt hvilket fosterhjem det gjaldt. Det oppstår derfor et spørsmål om barnever-

net, fordi de likevel forsto hvem de involverte var, hadde adgang til å synliggjøre innringerens identitet i saken overhodet. Fylkesmannen mener at identiteten ikke skulle vært synliggjort. Det er jeg enig i. Barnevernet har plikt til å vurdere meldinger gitt av personer hvis identitet er ukjent. En slik situasjon stiller selvfølgelig særlige krav til barnevernets oppfølging, noe Barne- og likestillingsdepartementet har gitt retningslinjer om i Rutinehåndbok for barneverntjenesten i kommunene, Q-1101, og Saksbehandling i Barneverntjenesten, Q-1036. En synliggjøring av innringerens navn, fordi barneverntjenesten likevel forsto hvem det var, kan jeg likevel ikke se at det var grunnlag for i dette tilfellet. Barnevernet var ikke avskåret fra å følge opp saken, på en slik måte en anonym henvendelse av denne karakter selvsagt krevde.

### 3. Videreformidling av innringerens identitet til fosterhjemstjenesten

Til spørsmålet om barneverntjenestens adgang til å gi opplysningen om innringerens identitet videre til fosterhjemstjenesten, har fylkesmannen vist til at barneverntjenesten i visse situasjoner har adgang til å gi opplysninger til andre forvaltningsorganer, men at adgangen er mer begrenset enn det som følger av forvaltningsloven § 13 b nr. 5 og 6. Fylkesmannen mener at det i denne saken ikke var nødvendig å oppgi innringerens navn til fosterhjemstjenesten. Det er jeg enig i. Fosterhjemstjenesten skal rekruttere og formidle fosterhjem. Det er likevel barneverntjenesten som skal godkjenne et fosterhjem, jf. forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 § 5 annet ledd, første punktum. Det kan derfor ikke ses å være nødvendig for noe formål å oppgi innringerens identitet. Det sentrale er likevel at innringerens identitet overhodet ikke skulle vært synliggjort i saken, og derfor også av den grunn ikke kunne bringes videre til fosterhjemstjenesten. For ordens skyld tilføyes at det i tillegg til spørsmålet om adgangen til å gi opplysningen om identiteten videre, også var nødvendig for barneverntjenesten å ta stilling til hvilke andre opplysninger i saken det var adgang til å gi videre til fosterhjemstjenesten. Dette går jeg ikke nærmere inn på.

Fylkesmannen mener at det skulle vært skrevet referat fra telefonsamtalen mellom barnevernet og fosterhjemstjenesten. Dette er jeg enig i.

### 4. Videreformidling av innringerens identitet til fosterhjemmet

Innringerens identitet ble gjort kjent for hennes far og stemor. Fylkesmannen har vist til forvaltningsloven § 19 om adgangen til dette, og lagt til grunn at det kun i spesielle unntakstilfeller, på grunn av opplysningens innhold, vil være adgang for barneverntjenesten til å unnta opplysninger fra en part. Videre

viste fylkesmannen til forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b om at en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med opplysninger i et dokument om «andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre». Fylkesmannen mener at barneverntjenesten hadde adgang til å gi opplysningene om innringerens identitet til faren og stemoren, men at det ikke var nødvendig i dette tilfellet og at identiteten derfor ikke skulle vært synliggjort.

Som i spørsmålet om det var adgang for barnevernet til å gi opplysningen om innringerens identitet videre til fosterhjemstjenesten, er det sentrale også her om opplysningen om identiteten overhodet skulle vært synliggjort i saken. Jeg mener at dette ikke skulle vært gjort, og det er derfor dette forholdet som er avgjørende for spørsmålet, og ikke reglene om dokumentinnsyn i forvaltningsloven §§ 18-19. Spørsmålet om anvendelsen av forvaltningslovens regler om partsinnsyn er for øvrig av hypotetisk karakter, da det ikke var satt frem noen anmodning om dokumentinnsyn i denne saken.

Avslutningsvis hadde jeg noen merknader om fylkesmannens saksbehandling. Fylkesmannen hadde i sin behandling av klagen på barnevernets saksbehandling, på generelt grunnlag, drøftet spørsmålet om barnevernets adgang til å gjøre sakens parter kjent med opplysninger om en kilde som ønsket å være anonym. I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å kommentere det forhold at noen av problemstillingene som ble tatt opp herfra, ikke var omtalt i fylkesmannens behandling av saken. Fylkesmannen hadde ikke gitt noe svar på dette.

Saken reiste flere spørsmål som fylkesmannen ikke gikk inn på i sin klagebehandling, og det må konstateres at fylkesmannens behandling fremstår som mangelfull. Jeg ber fylkesmannen merke seg dette og det som fremgår av min gjennomgang.

Det ble herfra ikke stilt spørsmål til fylkesmannen om det forhold at barneverntjenesten gikk videre med saken uten å informere innringeren. Jeg fant likevel grunn til å peke på at dette fremsto som et forhold det også hadde vært naturlig for fylkesmannen å ta med i sin behandling.

## 54.

### Status som fosterhjem ved plassering av barn hos slektninger

(Sak 2007/530)

*Spørsmål om barneverntjenesten fritt kan avgjøre om den vil godkjenne en privat plassering av barn hos en eldre bror som fosterhjem, jf. barnevernloven § 4-7, og om en slik avgjørelse er et enkeltvedtak.*

*Ombudsmannen mente at barneverntjenestens vurderinger og medvirkning i forbindelse med den private plasseringen talte for at den ikke kunne la være å benytte adgangen til å godkjenne broren som*

*fosterhjem. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

As foreldre sitter i fengsel. I forbindelse med at hans to mindreårige søstre flyttet inn hos ham, søkte A om dekning av utgifter ved tilrettelegging av leiligheten og om utgiftsdekning. Barneverntjenesten av slo søknaden.

A klaget til fylkesmannen, som opphevet vedtaket og sendte saken til barneverntjenesten til ny behandling. Fylkesmannen viste blant annet til at barneverntjenesten vanskelig kan avslå en søknad om dekning av utgifter fordi hjemmet ikke anses for å tilfredsstillende kravene til et fosterhjem, samtidig som barneverntjenesten mener at jentene skal bo i dette ikke-godkjente hjemmet.

A søkte etter dette uttrykkelig om å få fosterhjemstatus. Da barneverntjenesten på nytt behandlet saken, ble A innvilget økonomisk stønad tilsvarende utgiftsdekning til fosterhjem. Tiltak om støttekontakt ble videreført, mens tiltak om miljøarbeider/tilsynsfører ble opphevet. Videre het det:

«Barneverntjenesten har undersøkt om jenta har en tilfredsstillende omsorgsbasis hos sin storebror i henhold til Lov om barneverntjenester § 4-3 jf. § 4-12. Det har ikke framkommet opplysninger som tilsier at det er alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som barnet trenger etter sin alder og utvikling. Barneverntjenesten vurderer at storebror kan klare å ha den daglige omsorgen for jenta med hjelpetiltak etter Lov om barneverntjenester § 4-4.»

A klaget på at han ikke ble gitt status som fosterhjem, på tidspunktet for utgiftsdekningen og for avslaget på utgifter til tilrettelegging av leiligheten.

Ved delvis omgjøring fikk A innvilget utgiftene til tilrettelegging. Barneverntjenesten fastholdt at jentenes flytting til sin bror er en privat plassering og av den grunn ikke trenger nærmere godkjenning av barneverntjenesten, jf. § 4-7, og understreket at «selv om barneverntjenesten hadde gått inn i en godkjenningsprosess i forhold til fosterhjemstatus den gang jentene flyttet tilbake til sitt hjem, er det ikke selvsagt at en slik privat fosterhjems plassering utløser et krav om godtgjøring og utgiftsdekning».

Under fylkesmannens behandling av saken ble det blant annet vist til at søknad om å bli fosterforeldre ikke kan påklages, og at det er barneverntjenesten som avgjør hvem som skal godkjennes som fosterforeldre.

A klaget til ombudsmannen over fylkesmannens manglende realitetsbehandling. Da saken samtidig var tatt opp igjen med fylkesmannen, ble saken foreløpig avvist her.

Fylkesmannen fastholdt at plasseringen av jentene er en privat plassering etter barnevernloven § 4-7, og at en beslutning om å godkjenne eller ikke godkjenne et fosterhjem, ikke er å anse som et enkelt-

vedtak. Det ble vist til at status som fosterhjem ikke automatisk medfører økonomiske tilskudd ved private plasseringer, og at fosterhjems godtgjørelse uansett skal avtales mellom fosterhjemmet og barneverntjenesten.

A ba om at hans tidligere henvendelse til ombudsmannen ble behandlet. Det ble ikke bestridt at det ikke forelå klageadgang med hensyn til generelle avgjørelser om å bli godkjent som fosterforeldre. Men når barna allerede er plassert hos A, gjelder spørsmålet om status som fosterhjem kun spørsmålet om økonomisk tilskudd og rettigheter. Det ble vist til en annen sak hvor privat plassering ble ansett som en fosterhjems plassering, og at det i mange tilfeller vil bero på tilfældigheter om det blir fattet vedtak etter barnevernloven eller om en frivillig ordning blir lagt til grunn.

Fylkesmannen ble herfra bedt om å redegjøre for hvorfor eksemplene i retningslinjene om fosterhjem kapittel 7 pkt 7.2 er direkte anvendelige i tilfeller hvor foreldre allerede har plassert barn hos andre fordi de selv ikke kan ivareta omsorgen for dem. Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre for om anmodningen om arbeidsgodtgjørelse kunne anses for å være en søknad om frivillig hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-7 tredje avsnitt, jf. § 4-4 tredje avsnitt. Det ble også bedt redegjort for hva som skilte søknaden om utgiftsdekning, som fylkesmannen flere ganger hadde klagebehandlet, og søknaden om arbeidsgodtgjørelse.

Fylkesmannen svarte blant annet at hovedregelen er at foreldre fritt kan plassere sine barn til oppfostring hos andre, uten at det er en sak for barneverntjenesten. Utgangspunktet er dermed at private plasseringer ikke omfattes av barnevernlovens regler om fosterhjem. Når vilkårene i barnvernloven § 4-7 er til stede, kan barneverntjenesten kreve å undersøke plasseringsstedet med tanke på en eventuell godkjenning som fosterhjem. Private plasseringer som er vurdert og godkjent som fosterhjem etter barnevernloven § 4-7, jf. § 4-22, omfattes av lovens fosterhjemsbegrep.

Til spørsmålet om arbeidsgodtgjørelse svarte fylkesmannen at barneverntjenesten fant at A ikke skulle godkjennes som fosterhjem, og at denne avgjørelsen falt utenfor fylkesmannens myndighetsområde ettersom det ikke er et enkeltvedtak. En eventuell fosterhjems godtgjørelse ble uansett fastsatt i en avtale mellom barneverntjenesten og fosterhjemmet i det enkelte tilfellet, og ikke ved et enkeltvedtak. Arbeidsgodtgjørelse skattelegges som lønn, mens utgiftsgodtgjøring er skattefri og skal dekke barnets oppholdsutgifter. Fylkesmannen forstod barnevernloven § 4-7 slik at barneverntjenesten står fritt til om de vil godkjenne hjemmet som fosterhjem eller ikke. Avslutningsvis het det:

«Fylkesmannen har i denne saken gått så langt som vi mener vi har anledning til. Ved gjennomgang av denne saken var det vår oppfatning at når barneverntjenesten fant at søstrene skulle bo hos broren, så var det rimelig at de også dekket

utgifter i så henseende. Når det gjaldt spørsmålet om arbeidsgodtgjøring falt det utenfor det vi rent rettslig kunne ta stilling til.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Spørsmålet om enkeltvedtak

I barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 § 6-1 annet ledd er det bestemt at avgjørelser «som gjelder ytelser og tjenester etter denne loven skal regnes som enkeltvedtak», og at enkeltvedtak som barneverntjenesten har truffet, kan påklages til fylkesmannen, jf. § 6-5. Et enkeltvedtak er en «avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter» til en eller flere bestemte personer, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav a) og b).

Barnevernloven § 4-15 har bestemmelser om valg av plasseringssted av barn når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Hvorvidt valg av fosterhjem i slike situasjoner er et enkeltvedtak som utløser bl.a. klagerett, er omhandlet i lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-92) om lov om barneverntjenester, på s. 79. Det heter bl.a.:

«Etter barnevernloven vil imidlertid spørsmålet om institusjonsplassering, i likhet med spørsmålet om fosterhjemsplassering, vanskelig kunne vurderes isolert, fordi plasseringsspørsmålet henger så nøye sammen med det vedtak som gir grunnlag for tiltaket; for eksempel vedtak om ansvarsovertakelse eller hjelpetiltak. Etter departementets oppfatning synes det derfor likevel ikke grunnlag for å anse verken avgjørelser om tildeeling av plass i institusjon eller fosterhjem som selvstendige vedtak.»

Det er også i juridisk litteratur lagt til grunn at valget av det konkrete fosterhjem ikke er å anse som et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, se bl.a. Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven, Kommentartutgave (2004), på sidene 207, 268-269.

Forholdet til forvaltningsloven er også omhandlet i retningslinjer 15. juli 2004 til lov om barneverntjenester, Q-1072B, hvor det under overskriften «Avslag på søknad om å bli fosterforeldre kan ikke påklages» står:

«Heller ikke barneverntjenestens beslutning om endelig å godkjenne eller ikke godkjenne et fosterhjem i forhold til et konkret barn kan anses som enkeltvedtak.»

I en sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1990 s. 51 ble spørsmålet om klagerett for besteforeldre som ønsket å bli fosterforeldre, tatt opp med daværende Sosialdepartementet. Saken ble behandlet etter barnevernloven 17. juli 1953. Jeg sluttet meg til departementets syn om at det ikke forelå klageadgang i den konkrete saken, men jeg reservert meg mot departementets generelle syn på om den avgjørelsen som treffes om et fosterhjem skal god-

kjennes eller ikke, må anses som et enkeltvedtak. I brev til departementet skrev jeg blant annet:

«Det vil forekomme situasjoner der nettopp denne side av omsorgsspørsmålet får en så vidt dominerende behandling at reglene for enkeltvedtak - bl.a. om klage - bør følges. Et praktisk tilfelle er at den plassering som er bestemt i forbindelse med omsorgsovertakelsen, ikke er blitt effektivt eller håndhevet, med den følge at barnet gjennom en viss tid har hatt et opphold hos andre personer enn sine foreldre - f.eks. besteforeldre - og at disse senere ønsker forholdet formalisert i form av en fosterhjemsgodkjenning. Gode grunner taler da for å følge reglene om enkeltvedtak.»

I den foreliggende saken er det ikke fattet vedtak om omsorgsovertakelse av As søstre. Barna bor dessuten allerede hos han. Det vil si at han har overtatt den daglige omsorgen for barna, i overensstemmelse med foreldrenes ønske og med barneverntjenesten. Hans ønske om å bli godkjent som fosterhjem skyldes blant annet et ønske om å få klarhet i hvilke rettigheter han har i forhold til barneverntjenesten. Situasjonen skiller seg dermed fra eksemplene omtalt i juridisk litteratur og retningslinjene.

Jeg kan ikke se at fylkesmannen har besvart spørsmålet om det kan være grunn til å behandle en anmodning om å bli fosterforeldre når man allerede har et barn boende hos seg, annerledes enn en generell anmodning om å bli fosterhjem. For min vurdering av denne saken, har jeg kommet til at det ikke er nødvendig å ta uttrykkelig stilling til enkeltvedtaks-spørsmålet. Jeg vil vurdere å ta det opp på generelt grunnlag med Barne- og likestillingsdepartementet.

Etter barnevernloven § 2-3 fjerde ledd skal fylkesmannen også føre tilsyn med barnevernvirksomheten i kommunen, herunder påse at kommunene utfører de oppgaver de er pålagt etter loven. Det innebærer at selv om det ikke foreligger et enkeltvedtak med tilhørende klagerett, kan en klage på barneverntjenesten bringes inn for fylkesmannen til gjennomgang. Fylkesmannen har da også flere ganger vært inne i denne saken, både som klageinstans og som tilsynsmyndighet.

## 2. Private plasseringer

### 2.1 Rettslig utgangspunkt

Foreldre har i utgangspunktet anledning til å plassere sine barn til oppfostring hos andre. Men etter barnevernloven § 4-7 kan barneverntjenesten kreve å godkjenne plasseringsstedet hvis plasseringen varer lengre enn to måneder. Grunnlaget for et slikt krav, er det samme som for å gjøre undersøkelser etter § 4-3, det vil si det må være rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak etter barnevernloven kapittel 4.

Etter barnevernloven av 1953 skulle alle private plasseringer av en viss varighet anses som fosterhjemsplasseringer, og fosterhjemmet skulle godkjennes av helse- og sosialstyret på samme måte

som fosterhjem som ble benyttet etter vedtak om omsorgsovertakelse. I Ot.prp. nr. 44 (1991-92) foreslo departementet at dersom foreldre plasserer sine barn utenfor hjemmet i mer enn to måneder, skulle plasseringen godkjennes av barneverntjenesten, jf. forslaget § 4-7. Barneverntjenestens undersøkelse av slike langvarige plasseringer skulle i første rekke gjelde spørsmålet om det er behov for hjelpetiltak som gjorde at foreldrene kunne ha barnet hos seg, men det kunne også gjelde tiltak som kunne være bistand til disse fosterforeldrene. Bestemmelsen skulle sikre at barna fikk tilfredsstillende oppvekstvilkår, og det ble vist til at langvarige plasseringer av barn er av så vidt stor betydning for barnet at det kunne være grunn til å gå inn i forholdet.

I forbindelse med behandlingen av lovforslaget i forbruker- og administrasjonskomiteen i Stortinget, uttalte komiteen at foreldre burde kunne plassere barn for en viss tid hos familie og venner uten at saken av den grunn skulle bli gjenstand for behandling av barneverntjenesten. Som eksempel ble det vist til tilfeller hvor mor bor hos sine foreldre og ukependler til arbeid eller skolegang. På s. 18 i Innst.O. nr. 80 (1991-92) «Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester» fremgår:

«Komiteen foreslår derfor å endre § 4-7, slik at man får en hjemmel til at barneverntjenesten kan kreve å godkjenne en slik plassering, hvis det er rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak etter kapittel 4 i barnevernloven. Grunnlaget for å godkjenne eller nekte denne skal være om plasseringen tilfredsstillende § 4-22 annet ledd. Etter komiteens oppfatning skal dette også tolkes slik at man kan kreve godkjenning der hvor foreldre forsøker å unngå tiltak etter kap. 4, ved å flytte barnet. Paragrafen skal derimot ikke tolkes slik at barnevernet generelt kan kreve å godkjenne plasseringer hos andre.»

Når vilkårene i § 4-7 ikke foreligger, er plasseringen barneverntjenesten ivedkommende, med den følge at plasseringsstedet ikke får status som fosterhjem i barnevernlovens forstand, jf. også Ofstad/Skar s. 86. Når vilkårene i § 4-7 foreligger, har barneverntjenesten langt på vei en plikt til å foreta de nødvendige undersøkelser for å undersøke barnets omsorgsbasis.

Etter barnevernloven § 4-4 femte ledd har barneverntjenesten også anledning til å formidle plass i fosterhjem som hjelpetiltak, uten at det fattes vedtak om omsorgsovertakelse.

Selv om fosterhjemsplassing ikke automatisk utløser krav om godtgjøring og utgiftsdekning, noe både barneverntjenesten og fylkesmannen i denne saken har påpekt, vil status som fosterhjem likevel utløse visse rettigheter og plikter for den enkelte. Etter forskrift 18. desember 2003 nr. 1569 om fosterhjem § 6 skal barneverntjenesten og fosterforeldrene inngå skriftlig avtale om henholdsvis fosterforeldre-

nes og barneverntjenestens plikter og rettigheter. Ved fosterhjemsplassing etter beslutning om hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4 femte ledd, eller når privat plassering blir godkjent som fosterhjem, skal den standardiserte avtalen utarbeidet av daværende Barne- og familiedepartementet, benyttes så langt den passer, jf. forskriften § 3 annet ledd.

## 2.2. Barneverntjenestens vurdering etter § 4-7 i denne saken

Barneverntjenesten har kjent til familien fra foreldrene ble fengslet i 2000 og har fulgt opp saken i hvert fall siden jentene returnerte fra hjemlandet og det kom bekymringsmelding fra skolen i 2003. Det har siden 2004 vært flere samtaler mellom barneverntjenesten, barnas foreldre og A om hans omsorg for søstrene. Etter bekymringsmeldinger har også barneverntjenesten iverksatt formelle undersøkelser etter barnevernloven § 4-3, senest 30. juni 2005.

Det er vanskelig å se at barnevernets avslutning av en undersøkelse av barns oppholdssted ved plassering etter § 4-7, jf. § 4-3, særlig når undersøkelsen som i dette tilfellet konkluderer med at det er nødvendig med hjelpetiltak, ikke innebærer at barneverntjenesten indirekte har foretatt en godkjenning som fosterhjem etter § 4-7. Dette må gjelde selv om det ikke er barneverntjenesten som har fattet et formelt vedtak om at barna skal bo der. Da barneverntjenesten avsluttet undersøkelsen av forholdene rundt søstrenes tilværelse hos broren, jf. § 4-3, har den etter mitt syn indirekte godkjent A som barnas omsorgsperson. Jeg viser til det fylkesmannen uttalte om at barneverntjenesten ikke kan avslå en søknad om utgiftsdekning med henvisning til at hjemmet ikke er godkjent når de likevel mener at barna skal bo i dette hjemmet, og kan ikke være enig i fylkesmannens senere uttalelse at barneverntjenesten i alle tilfeller kan stå fritt til å avgjøre om de vil godkjenne et hjem som fosterhjem eller ikke.

Uttalelsene fra komiteen i Stortinget ved behandlingen av barnevernloven underbygger dette. Det fremgår at årsaken til at lovforslaget § 4-7 ble endret, var å sikre at foreldre ikke nødvendigvis må involvere barneverntjenesten hver gang det er nødvendig å ha barna borte fra hjemmet. Når den private parten som foreldrene har plassert barna hos, tvert imot ønsker at barneverntjenesten bistår ved utøvelsen av omsorgen, bør det være desto større grunn for barneverntjenesten til å involvere seg i plasseringen. Slik barneverntjenesten også i denne saken har gjort, ved flere ganger å foreta undersøkelser etter § 4-3, og å gå inn med frivillige hjelpetiltak.

Jeg er fra tidligere saker kjent med at foreldres plassering av barn hos slektninger kan forårsake usikkerhet med hensyn til slektningenes rettigheter og plikter i forhold til barnevernet. Forholdet mellom barnevernet, slektningene og barnets foreldre kan også skape usikkerhet. Når barn er plassert utenfor hjemmet uten at det er fattet vedtak om omsorgsover-



takelse, kan jo foreldrene i utgangspunktet når som helst bestemme at barnet skal flytte hjem igjen. Når barnevernet har vært medvirkende ved plasseringen som i dette tilfellet, kan det også stilles spørsmål om det ikke foreligger en plassering etter barnevernloven § 4-4 femte ledd. Barnevernets gjentatte oppfølging og iverksetting av hjelpetiltak, og hensynet til søstrenes beste, taler for at barnevernet ikke kan skyve en avklaring av ansvarsforholdene mellom A og barneverntjenesten fra seg ved å ikke ønske å bruke adgangen til å godkjenne ham som fosterhjem.

Jeg finner etter dette at det knytter seg begrunnet tvil til den forståelse og vurdering av

§ 4-7 som forvaltningen har foretatt i denne saken.

### Konklusjon

Uavhengig av om det er klageadgang på avgjørelse om fosterhjem eller ikke, har fylkesmannen tilsynsansvar med at kommunen utfører de oppgaver den er pålagt etter loven. Jeg ber fylkesmannen om å undersøke nærmere barneverntjenestens forståelse av rettsgrunnlaget for i dette tilfellet å la være å bruke sin adgang etter § 4-7 til å godkjenne foreldrenes plassering av barna hos broren.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den nye behandlingen av saken.»

## Navneendring, folkeregistrering

### 55.

#### Endring av navn på barn når det pågår sak om foreldreansvar

(Sak 2006/1698)

*I forbindelse med en klagesak om navneendring på barn når det pågår sak om foreldreansvaret, ble spørsmål om praksis med å stille saken i bero tatt opp med Justisdepartementet på generelt grunnlag. Departementet redegjorde for det rettslige grunnlaget for en slik praksis, og for informasjon til folkeregistrene og fylkesmannsembetene.*

*Ombudsmannen la til grunn at det var rettslig adgang til å stille en sak i bero, men ba departementet avklare enkelte spørsmål for veiledning til folkeregistrene og fylkesmennene. Departementet ba deretter Barnelovutvalget om synspunkter på aktuelle spørsmål i ombudsmannens uttalelse.*

A hadde foreldreansvaret alene for et mindreårig barn. Hun sendte melding til folkeregisteret om navneendring, som ble godtatt. Etter klage fra faren ble vedtaket omgjort, fordi han hadde reist sak om foreldreansvaret før vedtaket om navneendring var fattet. Fylkesmannen stadfestet omgjøringsvedtaket.

A klaget til ombudsmannen, som tok generelle spørsmål opp med Justisdepartementet. I rundskriv G-150/91 til den tidligere navneloven 29. mai 1964 nr. 1 fremgikk det at fylkesmannen i saker der det var søkt om bevilling, burde vurdere om navnesaken, av hensyn til barnet, burde stilles i bero når det var kjent at sak om foreldreansvar var reist. Det ble herfra stilt spørsmål om det også etter den nye navneloven 7. juni 2002 nr. 19 hadde vært meningen å opprettholde praksisen med berostillelse. Det ble vist til rundskriv G-20/2002 til navneloven av 2002, der en slik praksis ikke er omtalt. Departementet ble også bedt om å redegjøre for det rettslige grunnlaget for en slik praksis, samt opplyse om hvilken informasjon som er gitt til folkeregistrene og fylkesmannsembetene. Videre ble det vist til at det ut fra andre klagesaker til ombudsmannen kan synes som om folkeregistre og fylkesmenn har praktisert berostillelse noe forskjellig og at dette har ført til omgjøringer, noe som innebærer flere navneendringer for barnet.

I svarbrev fra Justisdepartementet ble det opplyst at spørsmålet om berostillelse ikke er særskilt kommentert i forarbeidene til navneloven av 2002, verken i NOU 2001: 1 eller Ot.prp. nr. 31 (2001-2002). Ved utarbeidelsen av rundskriv G-20/2002 ønsket departementet å holde spørsmålet om videreføring av praksisen med berostillelse åpent. Departementet mente at det var rettslig grunnlag for dette når spørsmålet ikke var omtalt i lovforarbeidene.

Departementet viste videre til at den av foreldrene som ikke har del i foreldreansvaret ikke er part i saken, men antok at dette ikke hindrer at navnesaken i enkelte tilfeller kan stilles i bero. Det ble vist til at hovedregelen etter barneloven 8. april 1981 nr. 7 er at den forelder som ønsker del i foreldreansvaret, skal få det, og at det derfor kan hevdes at det vil være urimelig overfor den av foreldrene som ikke har del i foreldreansvaret, at folkeregisterets kjennskap til at sak om foreldreansvar er reist - på det tidspunktet som melding inngis - ikke skal føre til at navnesaken blir stilt i bero.

Departementet redegjorde videre for at det hadde mottatt et vedtak fra Fylkesmannen i Nord-Trøndelag fra 2004 om berostillelse, og at departementet etter dette vurderte den praksis som lå til grunn og at det kom til at det ikke var grunnlag for å gripe inn i praksis slik den syntes å utvikle seg.

I rundskriv G-20/2002 er fylkesmennene bedt om å oversende til departementet alle vedtak der folkeregisterets vedtak omgjøres og vedtak av prinsipiell betydning, for slik å bli holdt orientert om fylkesmennenes praksis etter navneloven av 2002. Departementet opplyste at det ved senere henvendelser fra folkeregistre, fylkesmenn og publikum har orientert om det departementet er kjent med av praksis om den aktuelle problemstillingen.

Med sikte på å oppnå en enhetlig praksis oppfordres fylkesmennene i rundskrivet til å opprettholde en utstrakt kontakt og utveksle informasjon om bl.a.

praksis. Departementet opplyste at det vil følge opp at praktiseringen av berostillelse blir enhetlig.

Departementet opplyste at det ikke er gitt noen spesiell veiledning om hvordan hensynet til barnet skal vurderes. På generelt grunnlag antok departementet at det vil variere fra sak til sak om det er uheldig at et navnevedtak omgjøres fordi berostillelse skulle vært foretatt. For yngre barn antok departementet at det ikke vil fremtre som uheldig for barnet at et navnevedtak omgjøres, slik at barnet får tilbake navnet det hadde i utgangspunktet. Når det gjaldt eldre barn, som har begynt å få en begrunnet oppfatning av eget navn, mente departementet at det kan stille seg annerledes. Departementet viste til at en praksis om i enkelte tilfeller å stille navnesaken i bero fordi folkeregisteret har kjennskap til at sak om foreldreansvaret er reist, nettopp kan hindre hyppige navneendringer for barnet.

### **I avsluttende brev til departementet uttalte jeg:**

«Departementet har redegjort for det rettslige grunnlaget for adgangen til å stille i bero de saker det her gjelder, etter den nye navneloven. Jeg har ingen særskilte merknader til dette og er enig i at en slik praksis må være forenlig med loven.

Videre har jeg merket meg at departementet vil følge opp overfor fylkesmennene at praktiseringen om berostillelse blir enhetlig. Etter min oppfatning er dette viktig. Den konkrete saken som var bakgrunnen for henvendelsen til departementet, viser også at det er viktig at praksis blir gjort kjent for folkeregistrene. Det er uheldig overfor borgerne at slike saker oppstår pga. folkeregistrenes manglende kunnskap om ordningen.

Jeg vil i det følgende påpeke noen forhold som bør avklares før det sendes ut slik informasjon og veiledning.

Spørsmålet om berostillelse var omtalt i Justisdepartementets rundskriv G-150/91 til navneloven av 1964. Det fremgikk på side 49 at dersom fylkesmannen visste at det var reist sak om foreldreansvaret, så burde det vurderes om navnesaken av hensyn til barnet burde stilles i bero inntil saken om foreldreansvaret var avgjort. Mye tyder på at praksis etter hvert har utviklet seg i retning av at berostillelse nå skjer nærmest automatisk, uten at det blir foretatt en konkret vurdering av om hensynet til barnet tilsier berostillelse. Departementets vedtak 15. mai 2002 understøtter dette inntrykket. Det fremstår som om hovedregelen om at foreldre skal tilkjennes felles foreldreansvar, er det sentrale for avgjørelsen.

Jeg antar departementet bør vurdere nærmere om berostillelse skal skje automatisk eller om det skal foretas en vurdering i den enkelte sak. Hensynet til barnet fremstår for meg som sentralt. Lovreguleringen mht. foreldreansvar må antas å få betydning for vurderingen, og jeg er oppmerksom på at denne er under revisjon. Administrative forhold og partsbegrepet kan også være forhold som bør vurderes nær-

mere, blant annet for å forhindre at det er tilfeldig om folkeregistrene blir kjent med at det er reist sak om foreldreansvaret.

Videre synes det å være forvaltningens oppfatning, at dersom forelderens som har reist sak om foreldreansvaret, får medhold, så vil barnets navn ikke kunne endres uten dennes samtykke, i tilfeller hvor en sak er stilt i bero. Dette fremgår av Fylkesmannen i Nord-Trøndelags vedtak 26. november 2004. Også dette forhold kan være et moment i vurderingen av om det bør være automatisk berostillelse.

Dersom det skal foretas en vurdering av berostillelse i den enkelte sak, bør det gis nærmere veiledning om hva som ligger i «hensynet til barnet», for eksempel om det er avgrenset til å gjelde hensynet til navnestabilitet.

Jeg ber om å få oversendt den informasjon som vil bli gitt til folkeregistre og fylkesmenn om dette».

I eget brev til klageren redegjorde jeg for at det ikke kunne ses å være grunnlag for rettslige innvendinger mot fylkesmannens vedtak i saken.

Justisdepartementet tilskrev senere Barne lovutvalget og redegjorde for min uttalelse. Det ble bedt om utvalgets synspunkter på om berostillelse bør skje automatisk eller om det skal foretas en vurdering i den enkelte sak. Videre ble utvalget bedt om å vurdere om den som ikke har foreldreansvaret, bør være part i navnesaker for sine barn, og vist til at det i dag kan være tilfeldig om navnemyndighetene får kjennskap til at sak er reist om foreldreansvaret når vedkommende ikke er part i barnets navnesak. Utvalget ble også bedt om å kommentere og vurdere forholdet om at det synes å være forvaltningens oppfatning, at dersom forelderens som har reist sak om foreldreansvar får medhold, så vil barnets navn ikke kunne endres uten dennes samtykke, i tilfeller hvor en sak er stilt i bero. Endelig ble utvalget bedt om å vurdere hva som burde ligge i «hensynet til barnet», dersom det skulle foretas en vurdering av berostillelse i den enkelte sak.

### **56.**

#### **Folkeregistreringssak Svalbard – spørsmål om i hvilken grad det var foretatt disposisjoner som ga uttrykk for hensikt om å oppholde seg utenfor Svalbard i minst seks måneder**

(Sak 2007/219)

*A var ansatt i en bedrift på Svalbard og forlot øygruppen for å få medisinsk behandling som ikke var tilgjengelig på Svalbard. Sentralkontoret for folkeregistrering la til grunn at A skulle regnes for å ha flyttet fra Svalbard.*

*Ombudsmannen mente det måtte vurderes i hvilken grad foretatte disposisjoner fra A både i forhold til Svalbard og på fastlandet uttrykte hensikt om å oppholde seg utenfor Svalbard i minst 6 måneder. I*

*den forbindelse ble det lagt vekt på at A etter å ha reist til fastlandet fortsatt hadde arbeidstilknytning til Svalbard, at arbeidsgiveren stilte bolig til disposisjon, de spesielle bo- og arbeidsforhold på Svalbard og at A ikke hadde etablert fast bolig på fastlandet. Det knyttet seg etter ombudsmannens syn begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, og Sentralkontoret ble derfor bedt om å behandle saken på nytt.*

A var ansatt i en bedrift på Svalbard. 15. oktober 2004 forlot han Svalbard for å motta et behandlingstilbud som ikke var tilgjengelig der. A var fortsatt ansatt i bedriften på Svalbard på dette tidspunkt, men bedriften ble tatt under konkursbehandling i desember 2004. Svalbard likningskontor traff i 2005 vedtak om at A skulle regnes for å ha flyttet fra Svalbard 15. oktober 2004. Sentralkontoret for folkeregistrering stadfestet vedtaket.

I klagen hit ble det bl.a. anført at As arbeidsgiver var forpliktet til å stille bolig til disposisjon under hele ansettelsesperioden. Videre anførte A at hans disposisjoner knyttet til bolig i Oslo, hvor han bodde hos venner og bekjente, ikke har blitt tilstrekkelig vektlagt i vurderingen av om han hadde til hensikt å oppholde seg utenfor Svalbard i minst 6 måneder på det tidspunkt han forlot Svalbard. A mente derfor fraflyttingstidspunktet skulle settes senere enn 15. oktober 2004.

Saken ble tatt opp med Sentralkontoret for folkeregistrering. Sentralkontoret ble bedt om å gi sitt syn på hvilken vekt As disposisjoner knyttet til bolig i Oslo har i vurderingen av hans hensikt. I tillegg ble Sentralkontoret bedt om å redegjøre for hvilken vekt arbeidsgivers plikt til å stille bolig til disposisjon tillegges i saker som dette, særlig sett på bakgrunn av den nokså spesielle bo- og arbeidssituasjonen som opphold på Svalbard ofte medfører.

Sentralkontoret opplyste at det forhold at arbeidsgiver var forpliktet til å stille bolig til disposisjon dersom A vendte tilbake til Svalbard ikke kunne likestilles med at A i den perioden han oppholder seg på fastlandet har egen bolig på Svalbard. Ut fra forskriftens formål kunne ikke Sentralkontoret se at bo- og arbeidsmarkedet på Svalbard skulle medføre en annen vurdering. Forholdene ved As boligsituasjon i Oslo ble ikke ansett relevant i vurderingen av hans hensikt.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Etter forskrift om register over befolkningen på Svalbard § 2 andre ledd skal en person regnes for å ha flyttet fra Svalbard når han eller hun har tatt opphold utenfor øygruppen og har til hensikt å oppholde seg der i minst 6 måneder. Det er på det rene at A etter 15. oktober 2004 oppholdt seg utenfor Svalbard i mer enn 6 måneder. For å avgjøre om vedkommende har til hensikt å oppholde seg utenfor Svalbard i

minst 6 måneder må det i tvilstilfelle vurderes i hvilken grad foretatte disposisjoner uttrykker hensikten.

A hadde arbeid på Svalbard på det tidspunkt han ble sykemeldt. Ansettelsesforholdet viser en relevant tilknytning til Svalbard.

Det fremkommer av sakens dokumenter at arbeidsgiver var forpliktet til å stille bolig til disposisjon. Som påpekt av Sentralkontoret, er det en viss forskjell på de tilfeller hvor arbeidsgiver er forpliktet til å stille bolig til disposisjon når arbeidstaker oppholder seg på Svalbard og de tilfeller hvor en person som har forlatt Svalbard har en konkret bolig stående på Svalbard mens vedkommende oppholder seg på fastlandet. Det siste tilfellet vil i større grad sannsynliggjøre at den som forlater Svalbard ikke har hatt til hensikt å oppholde seg utenfor øygruppen i minst 6 måneder enn tilfellet hvor arbeidsgiver er forpliktet til å stille bolig til disposisjon når arbeidstaker er i arbeid.

Opphold på Svalbard medfører ofte en noe spesiell bo- og arbeidssituasjon. Det er ikke uvanlig at arbeidsgiver stiller bolig til disposisjon slik som i denne saken. Sentralkontoret har anført at registerets formål tilsier at dette momentet ikke får betydning i vurderingen. Det er nærliggende å legge vekt på registerets formål om å vise hvem som faktisk oppholder seg på Svalbard. Imidlertid er det ikke unaturlig at de spesielle forhold som gjør seg gjeldende for Svalbard også tas i betraktning når det vurderes hvilke krav som kan stilles for å klargjøre den registrertes hensikt.

Sentralkontoret har lagt til grunn at disposisjoner knyttet til bolig på fastlandet ikke er relevant ved vurderingen av om en person har til hensikt å oppholde seg utenfor Svalbard i minst 6 måneder. Dette standpunktet synes noe unyansert. At personer som forlater Svalbard ikke etablerer seg med fast bolig etter utreisen kan - etter omstendighetene - indikere at vedkommende har til hensikt å returnere til Svalbard. Særlig i saker hvor arbeidstilknytningen til Svalbard består vil det forhold at vedkommende ikke etablerer fast bolig på fastlandet kunne være et moment som trekker i retning av at oppholdet utenfor Svalbard er ment å være kortvarig.

På bakgrunn av arbeidstilknytningen til Svalbard, at arbeidsgiver stilte bolig til disposisjon, de spesielle bo- og arbeidsforhold på Svalbard og det forhold at As disposisjoner knyttet til bolig på fastlandet ikke har blitt ansett relevant ved vurderingen, har jeg kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg finner derfor grunn til å be Sentralkontoret behandle saken på nytt.»

## Fengselsforhold

---

57.

### Lang saksbehandlingstid i kriminalomsorgen for permisjonssøknad – mangelfull orientering under sakens gang

(Sak 2007/497)

*En innsatt klaget over kriminalomsorgens saksbehandlingstid og manglende skriftlige tilbakemeldinger i forbindelse med søknad om permisjon i ett døgn julen 2006. Permisjonssøknaden ble fremsatt 1. september 2006 og først avgjort 30. mars 2007.*

*Det er viktig at kriminalomsorgen ved vurderingen av en permisjonssøknad så snart som mulig klarlegger hvilke opplysninger som det er nødvendig å innhente og fra hvilke organer. Søknader knyttet til bestemte begivenheter bør tilstrebes avgjort før det aktuelle permisjonstidspunktet, og i de tilfellene der dette ikke er mulig må det gis tilbakemelding til søkeren om at permisjon ikke vil kunne gis til det omsøkte tidspunktet. Det må også redegjøres for hensikten med en eventuell videre behandling av søknaden.*

A søkte 1. september 2006 om ett døgnsoningspermisjon i forbindelse med julen 2006. I mars 2007 hadde han fortsatt ikke fått svar på søknaden og han klaget hit. Han anførte at saksbehandlingstiden var totalt uakseptabel, og opplyste også at han ikke hadde fått noen skriftlige tilbakemeldinger i saken etter at han mottok kopi av brev 20. desember 2006 fra Kriminalomsorgen region sør til fengselet. Det fremgikk der at fengselets innstilling i saken ble sendt til regionen 22. november 2006. I brevet til fengselet ba regionen om en ny vurdering fra fengselet, eventuelt i samarbeid med politiet, av de sikkerhetsmessige forholdene knyttet til en eventuell permisjon. Det ble bedt om tilbakemelding innen 15. januar 2007.

På bakgrunn av klagen ble det herfra i første omgang tatt kontakt med Kriminalomsorgen region sør per telefon. Regionen opplyste at As permisjonssøknad fortsatt var under behandling. Det var ikke mulig å få opplyst når søknaden ville bli ferdigbehandlet.

Saken ble deretter tatt opp skriftlig med regionen, som ble bedt om å komme med sine merknader til fengselets saksbehandlingstid og redegjøre for tidsbruken frem til det ble sendt brev til fengselet 20. desember 2006. Regionen ble spesielt bedt om å kommentere betydningen av at søknaden gjaldt permisjon i forbindelse med en bestemt høytid. Etter som fengselet i brevet dit hadde fått frist til 15. januar 2007 med å komme med sin tilbakemelding, måtte det være klart at A ikke ville få innvilget permisjon for det omsøkte permisjonstidspunktet. Regionen ble på bakgrunn av dette bedt om å redegjøre kort for hvordan dette eventuelt ble formidlet til A

og om det ble gitt informasjon om hensikten med den videre behandlingen av hans søknad.

I sitt svar viste regionen til en innhentet uttalelse fra fengselet, der det blant annet ble redegjort for en situasjon høsten 2006 som resulterte i at A ble ilagt en disiplinærreaksjon. Fengselet opplyste at A var kjent med mistanken mot ham vedrørende de aktuelle forholdene og at utfallet av saken ville kunne få betydning for vurderingen av permisjonssøknaden, som av denne grunn ble stilt i bero. Videre opplyste fengselet at regionens forespørsel om ytterligere informasjon først ble mottatt av fengselet 27. desember 2006, dvs. i romjulen. Fengselet opplyste også at en forespørsel fra A om fremdriften i saken ble besvart i brev 11. januar 2007. Ut over dette skulle han også ha fått flere muntlige orienteringer. Om saksbehandlingstiden het det videre:

«Vi ser at saksbehandlingstiden har vært svært lang i denne saken og at det er svært uheldig, særlig når det var søkt om permisjon til en spesiell høytid. Håndteringen av saken er uheldig.

---

Innstilling i saken ble sendt Kriminalomsorgen region sør innen fristen for julepermisjoner. Behandlingen av julepermisjoner skal prioriteres slik at innsatt om mulig oppnår reell klagemulighet før julaften. A er tidligere straffedømt, og soner straff for svært alvorlige forhold. I tillegg til ordinær sviktfarevurdering, må man i slike saker foreta en meget nøye vurdering av om og i hvilken grad allmenne hensyn taler imot permisjon.

I tillegg til alvoret i straffesaken, forelå det opplysninger som tilsa at han var mistenkt for uregelmessigheter. De forhold han var mistenkt for var av en slik karakter at de isolert sett kunne ha avgjørende betydning for permisjonsspørsmålet.

Mistanke om uregelmessigheter som antas å ha betydning for om en permisjon bør innvilges eller avslås, skal normalt avslås fremfor at man avventer realitetsavgjørelse i disiplinærsak. Det vises til at terskelen for å ilegge reaksjon i medhold av § 40 er høyere enn å avslå permisjon. Innsatte vil dermed også kunne få realitetsbehandlet klagen innen rimelig tid. Etter ledelsens syn er det kun i de tilfellene det er stor sannsynlighet for at saken vil være tilstrekkelig avklart i løpet av kort tid, og saken ellers ikke haster, at man kan avvente evt. avklaring mht disiplinærsak. Vi har innskjerpet vår praksis, se vedlagte kopi av notat datert 20.04.07.

Det ses at det i dette tilfellet flere ganger er gitt muntlig foreløpig svar i tillegg til skriftlig foreløpig svar. Det vil bli innskjerpet at det skal gis skriftlig foreløpig svar.»

I brevet fra regionen ble det også vist til det alvorlige forholdet A er domfelt for og det behov for informasjonsinnhenting og grundige vurderinger som dermed var nødvendig. Regionen opplyste at den tidligere hadde avslått fire permisjonssøknader fra A på grunn av sikkerhetsmessige forhold og hensynet til den alminnelige rettsoppfatning. Om saksbehandlingstiden het det videre:

«Den 30.11.06 mottok vi hans klage over fengselets avslag på julepermisjon. På det tidspunktet anså regionalt nivå at både de sikkerhetsmessige forhold knyttet opp mot handlingene han er dømt for og hensynet til den alminnelige rettsoppfatning var i ferd med å svekkes på grunn av tidsforløpet. Av den grunn var regionalt nivå's foreløpige konklusjon å ta til følge As klage.

Arsaken til at saken ikke ble realitetsbehandlet med en gang, var at det ikke forelå noen uttalelse fra fengslet om sikkerhetsmessige vurderinger knyttet opp mot en eventuell utgang og de kontakter A har ved en utgang nå. Av den grunn ble saken den 20.12.06 returnert X fengsel for videre saksbehandling.

Saksbehandlingen ved første gangs innvilgelse er av særlig viktighet og vil av den grunn i enkelte tilfeller ta noe tid, særlig når alle relevante opplysninger ikke foreligger. Sett fra regionalt nivå er det av avgjørende betydning å få vurdert de sikkerhetsmessige forhold knyttet opp mot en permisjon. Hensynet til tidspunktet for permisjonen blir da ikke vektlagt i vesentlig grad, heller ikke når omsøkte permisjon faller på en høytid.

Etter vår vurdering fremgår det av vårt brev av 20.12.06 at A ikke kunne påregne å få innvilget permisjon i julen. Vi anser på det tidspunktet at oversendelsesbrevet som han fikk kopi av, ga tilstrekkelig informasjon om dette.

Vi mottok X fengsels svar den 15.01.07, men etter vår vurdering var fortsatt ikke de sikkerhetsmessige forhold godt nok belyst til at vi kunne realitetsbehandle saken. Av den grunn tok regionalt nivå den 16.02.07 kontakt med Kriminalomsorgens sentrale forvaltning og ba [om] at det ble innhentet opplysninger fra politiet om A via Infoflytssystemet.

Normalt får vi svar på slike henvendelser i løpet av kort tid. Det var også en av årsakene til at vi ikke sendte noe foreløpig svar til A. I denne saken tok vår henvendelse vesentlig lengre tid en forutsatt. Det fordi vi fikk svar, først muntlig den 29.03.07 og skriftlig den 03.04.07.

Dagen etter at vi mottok etterspurt informasjon, den 30.[03].07, tok regionalt nivå As klage til følge.

Regionalt nivå burde senest den 19.02.07 orientert A om saksbehandlingstiden, noe vi i ettertid beklager.»

### **Ved avslutning av saken uttalte jeg bl.a.:**

«Fengselet har gitt uttrykk for at saksbehandlingstiden har vært lang og at det er svært uheldig. Permisjonssøknaden ble fremsatt 1. september 2006, men ble først avgjort av regionen som førsteinstans 30. mars 2007. En samlet saksbehandlingstid på sju måneder før førsteinstansvedtak i en permisjonssak må sies å være i overkant av det som er akseptabelt.

Den lange saksbehandlingstiden skyldes tilsynelatende forhold både hos fengselet og regionen. Saksbehandlingstiden i fengselet synes i hovedsak å ha trukket ut på grunn av behovet for nærmere undersøkelse av de forhold som ledet til at A 28. november 2006 ble ilagt en disiplinærreaksjon.

Fengselet har uttalt at permisjonssøknader normalt bør avslås ved mistanke om uregelmessigheter som kan ha betydning for permisjonsspørsmålet

fremfor å avvente en eventuell disiplinærreaksjon. Det er bl.a. vist til de ulike beviskravene for permisjon og illeggelse av disiplinærreaksjon, og den inn-sattes mulighet til å få realitetsbehandlet en klage innen rimelig tid. Selv om det er viktig å unngå at saker om f.eks. permisjon blir stilt i bero over lengre tid, må det forutsettes at det også tilstrebes å unngå at det fattes permisjonsavslag på grunnlag av mistanke om uregelmessigheter som senere vurderes ikke å ha betydning for permisjonsspørsmålet. Det vises i denne forbindelse til at uregelmessighetene i As tilfelle nettopp ikke ble ansett å ha slik betydning.

Regionen har i sitt svar opplyst at det i forbindelse med første gangs innvilgelse av permisjon er av avgjørende betydning å få vurdert de sikkerhetsmessige forholdene knyttet til en eventuell permisjon. Selv om dette i og for seg er forståelig, er det viktig at det så snart som mulig blir klarlagt hvilke opplysninger som det er nødvendig å innhente og fra hvilke organer. I det foreliggende tilfellet ble det innhentet opplysninger i to omganger fra henholdsvis fengselet og politiet via Infoflyt-systemet, og særlig i forhold til sistnevnte synes det å ha tatt noe tid før anmodningen om opplysninger ble fremsatt overfor Kriminalomsorgens sentrale forvaltning. I tillegg tok det en god stund før opplysningene ble oversendt til regionen. Det har ikke fremkommet noe nærmere om årsaken til dette.

I sitt svar har regionen opplyst at hensynet til omsøkt permisjonstidspunkt ikke blir tillagt vekt i vesentlig grad. Dette forutsettes å knytte seg til førstegangstillatelser der innvilgelse fremstår som en aktuell mulighet. Søknader knyttet til bestemte begivenheter bør naturlig nok tilstrebes endelig avgjort før det aktuelle permisjonstidspunktet. I de tilfellene der dette ikke er mulig, f.eks. på grunn av behov for innhenting av opplysninger, er det forståelig at saksbehandlingen videreføres med sikte på å få en mer generell avklaring av permisjonsspørsmålet for fremtiden. Det kan vanskelig rettes avgjørende innvendinger mot dette. I slike tilfeller må det imidlertid gis tilbakemelding til søkeren om at permisjon ikke vil kunne gis til det omsøkte permisjonstidspunktet og det må redegjøres for hensikten med den videre behandlingen.

Regionen har gitt uttrykk for at A senest 19. februar 2007 burde ha fått nytt «foreløpig svar» da saksbehandlingstiden i regionen trakk ut i tid, og beklaget at dette ikke ble gjort. Beklagelsen anses å være på sin plass.»

Ut over disse merknadene ble saken funnet å kunne bero med de redegjørelser og beklagelser som var gitt fra regionens og fengselets side.

## 58.

**Lang ventetid fra rettskraftig dom til soningsinnkalling**

(Sak 2006/775)

*A ble først innkalt til soning av en lengre straffedom nesten fire år etter at dommen var rettskraftig. Han hadde ikke selv bedt om å få utsatt soningen. Tidsbruken før soningsinnkallingen skyldtes i hovedsak at politiet ved en feil hadde arkivert soningsdokumentene uten å innkalle A til soning.*

*Ombudsmannen uttalte at den lange ventetiden innebar et meget betydelig brudd på straffeprosesslovens og påtaleinstruksens bestemmelser om at en dom som hovedregel skal sones «straks den er rettskraftig». En beklagelse overfor domfelte var derfor på sin plass. Ombudsmannen ba også Riksadvokaten vurdere om rutinene for oppfølging av ufullbyrdede dommer generelt sett er gode nok. I denne forbindelse ga han uttrykk for at det kunne være grunn til å vurdere om et sentralt restansesystem for ufullbyrdede dommer kan være et egnet virkemiddel for å redusere risikoen for at dommer ikke blir iverksatt.*

*Riksadvokaten opplyste at innføringen av et nytt elektronisk saksbehandlingssystem ved samtlige statsadvokatembeter og politidistrikter trolig ville redusere risikoen for at dommer på grunn av forglemmelse ikke blir beordret fullbyrdet straks de er rettskraftige. I brev til samtlige statsadvokatembeter og politidistrikter understreket riksadvokaten viktigheten av gode rutiner for å sikre at det raskt blir gitt fullbyrdesordre. Under henvisning til at ansvaret for innkalling til soning skal overføres fra politiet til kriminalomsorgen, og et høringsforslag om at hele fullbyrdesprosessen skal overføres til kriminalomsorgen, vek riksadvokaten tilbake for å iverksette arbeid med et eventuelt sentralt register for ufullbyrdede dommer.*

A ble ved lagmannsrettens dom i september 2001 dømt til fengsel i 5 år og 6 måneder. Dommen ble ikke påanket for hans del. Politidistriktet innkalte imidlertid ikke A til soning før i slutten av august 2005, dvs. nesten fire år etter domsavsigelsen.

Østfold politidistrikt anmodet første gang Kriminalomsorgen region øst om soningsplass for A i påtegnning som ble mottatt av regionen i slutten av januar 2002. Kriminalomsorgen returnerte etter kort tid saken til politidistriktet og viste bl.a. til at det manglet fullbyrdesordre. Politidistriktet sendte i midten av april 2002 en ny anmodning om soningsplass for A. Vedlagt fulgte påtegningsark 31. oktober 2001 fra Oslo statsadvokatembeter til Riksadvokaten, der det fremgikk at en av de tiltalte hadde anket til Høyesterett. Dommen ble foreslått godtatt for de øvrige tre tiltalte, herunder A. Kriminalomsorgen region øst returnerte på nytt saken til politidistriktet i slutten av april 2002 og viste til at det fortsatt manglet fullbyrdesordre fra statsadvokaten.

I e-brev 7. mai 2002 til Oslo statsadvokatembeter etterlyste politidistriktet fullbyrdesordre for A. Slik ordre ble gitt av statsadvokaten i påtegnning samme dag, og mottatt av politidistriktet 8. mai 2002.

I politidistriktets påtegnning 15. august 2005 til Kriminalomsorgen region øst heter det følgende om hva som deretter skjedde:

«Det viser seg at soningsdokumentene ble returnert politiet i mangel av fullbyrdesordren fra statsadvokaten. Ved en feil har soningsdokumentene ved retur blitt lagt på sak og senere blitt arkivert. Når domskontoret nå ble gjort oppmerksom på at A ikke hadde sonet ble det gjort umiddelbare undersøkelser for å finne ut av dette. Det viste seg at soningsdokumentene til A som nevnt ovenfor ved en feil var lagt i arkivert sak. Fullbyrdesordren fra statsadvokaten for A fant jeg heftet sammen med soningsdokumentene til en av de andre i saken.»

I klagen til ombudsmannen viste As advokat til opplysninger i saken som kunne tyde på at den forsinkede soningsinnkallingen snarere skyldtes klanderverdig passivitet fremfor «en beklagelig glipp». Det ble vist til at det etter kriminalomsorgens retningslinjer maksimalt skal gå to til tre måneder før soning av en rettskraftig dom med tilsvarende lengde påbegynnes. Dette av hensyn til den domfelte. Det ble videre opplyst at A hadde fått avslag på en søknad om benådning, som bl.a. var begrunnet i forholdene rundt soningsinnkallingen. Avslaget var begrunnet med hensynet til «den allmenne rettsoppfatning». Advokaten anførte:

«Jeg vil snarere påpeke at det heller svekker den alminnelige rettsoppfatning at en domfelt ikke gis anledning til å legge forholdet bak seg ved straffegjennomføring, og at han heller synes å få en dom med realitet på ti år, fremfor de fem år og seks måneder fastsatt av lagmannsretten.

Jeg vil også minne om at dersom det svært kritikkverdige sommelet fra påtalemyndigheten hadde funnet sted før en hovedforhandling, ville domstolen mest sannsynlig grepet inn med en vesentlig avkortning av tilmålt straff.»

Det ble videre anført at den lange ventetiden fra rettskraftig dom til soning hadde medført store økonomiske problemer for A, og at han hadde hatt helsemessige problemer i perioden, herunder søvnproblemer og depresjon.

Saken ble tatt opp med politidistriktet, som ble bedt om å redegjøre for hvorfor det i dette tilfellet tok så vidt lang tid fra rettskraftig dom til soningsinnkalling. I denne forbindelse ble politidistriktet særskilt bedt om å opplyse når fullbyrdesordren forelå. Det ble videre bedt om politidistriktets kommentarer til at ventetiden i hovedsak syntes å være forårsaket av at saken ble forlagt/feilarkivert ved politidistriktet.

Politidistriktet ble også bedt om å redegjøre for hvilke rutiner som følges for å sikre oppfølgingen av dommer som skal fullbyrdes, og det ble stilt spør-

mål om rutinene etter politidistriktets syn er tilfredsstillende.

Riksadvokaten ble orientert om saken og korrespondansen ved eget brev herfra samme dag.

I sitt svar opplyste politidistriktet at fullbyrdesordren fra Oslo statsadvokatembeter ble gitt 7. mai 2002 og at den ble registrert mottatt ved politidistriktet dagen etter. Det het videre:

«Årsaken til at dommen ikke er oversendt til fullbyrdelse umiddelbart etter at fullbyrdesordre er gitt er at dommen ved en feil ble arkivert på saken og således glemt fullbyrdet. Dette fremgår av vår påtegning til Kriminalomsorgen datert 15. august 2005.

Det hører med i bildet at dette skjedde samtidig med omlegging av arkivsystemet og forberedelse til flytting av ... politistasjon til nye lokaler. Dette er ingen unnskyldning, men en forklaring [på] at feilen kunne skje.»

I nytt brev herfra ble det påpekt at det ikke kunne sees å være gitt noen redegjørelse for hvilke rutiner som følges for å sikre oppfølgingen av dommer som skal fullbyrdes, og om rutinene etter distriktets syn er tilfredsstillende. Politidistriktet ble på nytt bedt om å besvare disse spørsmålene.

Etter dette kom politidistriktet med følgende tilleggsmerknader:

«Politiet i Østfold har nå elektronisk domsjournal med en del rutine-trinn som automatisk fanger opp hva som skal skje med dommene som sendes til fullbyrding. I tillegg har vi ved ... politistasjon et manuelt system hvor man legger alle soningsinnkallinger etter dato slik at man kan følge opp dersom domfelte ikke har svart innen fristen. Vi føler at vi nå har tilfredsstillende rutiner her.

Man kan imidlertid ikke utelukke menneskelig sviakt på noe trinn og det er betenkelig at det i Norge ikke eksisterer noe sentralt restansesystem for ufullbyrdede dommer. Etter vår mening burde kanskje KRIPOS hatt oppfølgingsansvaret for dette.»

As advokat kom med tilleggsmerknader om As kontakt med bl.a. politiet i ventetiden og konsekvensene av den lange ventetiden for ham. Han opplyste at A, etter at rettskraftig dom forelå i saken, hadde avgitt DNA-prøve, fått fornyet sitt pass og vært stevnet i en straffesak der samme aktor prosederte som i saken der A ble dømt. Det ble anført at det var noe påfallende at ingen hadde reagert på at A ikke hadde vært til soning. Videre het det:

«Jeg finner også grunn til igjen å bemerke at det som fra politiet opplyses å være en forvaltningsmessig «feil», rent faktisk har påført en veldig belastning for domfelte A. Han opplever at han i realiteten har fått en dobbeltstraff, da det totale antall år medgått fra dom til endt soning er det dobbelte av det retten har ilagt. A opplever dette som sterkt urimelig. Han er i dag også svært frustrert og har vanskelig for å akseptere sin soningssituasjon. Han opplever også at ingen vil ta ansvar for det som har skjedd i saken hans.»

Vedlagt brevet fulgte et skriv fra A, der det bl.a. fremgikk at han mente å ha mistet jobben på grunn av uttalelser fra politiet etter arrestasjonen, og at han opplevde det som vanskelig å få jobb etter endt varetektsopphold. Han skulle heller ikke ha vært velkommen på jobbsøkerkurs i ventetiden før soning og fikk det trangt økonomisk. Det fremkom også opplysninger om søvnproblemer og depresjoner.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 452 første ledd første punktum at en dom skal fullbyrdes straks den er rettskraftig, når ikke annet er særskilt bestemt. Det samme følger av påtaleinstruksen 28. juni 1985 nr. 1679 § 29-1 første ledd. Viktigheten av at iverksettelsen av soningen skjer uten unødig opphold er også understreket i Riksadvokatens rundskriv R 1419/83.

Påbegynnelse av fullbyrdelsen forutsetter at det treffes vedtak om dette fra påtalemyndighetens side. I den foreliggende saken var det statsadvokaten som etter påtaleinstruksen § 29-1 annet ledd hadde myndighet til å treffe vedtaket om at dommen skulle fullbyrdes. Myndigheten til å beslutte om dommen skulle ankes eller ikke, lå imidlertid hos Riksadvokaten, jf. straffeprosessloven § 68, jf. § 65 nr. 1. Fullbyrdesordren ble først gitt av statsadvokaten 7. mai 2002. Det er ikke opplyst hva som er bakgrunnen for at det tok over seks måneder fra innstillingen med hensyn til ankespørsmålet ble sendt til Riksadvokaten 31. oktober 2001, og til fullbyrdesordren ble gitt 7. mai 2002. I sak 2006/843 kritiserte jeg at Oslo statsadvokatembeter først beordret fullbyrdelse 7 måneder etter at en dom ble rettskraftig. Jeg har ikke funnet grunn til å foreta nærmere undersøkelse av hva som er bakgrunnen for at det tok så lang tid i den foreliggende saken, men konstaterer at tidsforløpet samlet sett er i omtrent samme størrelsesorden.

Det er politiet som har ansvaret for iverksettelsen av statsadvokatens fullbyrdesordre, jf. straffeprosessloven § 455 annet ledd og påtaleinstruksen § 29-1 fjerde ledd. I den foreliggende saken har det gått over tre år og tre måneder fra fullbyrdesordren ble gitt, til domfelte ble innkalt til soning. Dette representerer i seg selv et meget omfattende brudd på både straffeprosessloven § 452 første ledd første punktum og påtaleinstruksen § 29-1 første ledd, noe som er svært uheldig. En beklagelse overfor domfelte synes i det minste å være på sin plass. Jeg forutsetter at dette blir gitt av politidistriktet dersom det ikke allerede er gjort.

Både hensynet til domfelte selv, og hensynet til straffens formål, tilsier at fullbyrdelsen av fengselsstraff skjer så raskt som mulig. En utsettelse på flere år som ikke er ønsket av domfelte selv vil kunne innebære en stor tilleggsbelastning for ham. Det er ikke vanskelig å forestille seg at kunnskapen om at man skal sone en lang fengselsstraff i nær fremtid,

vil kunne begrense den personlige livsutfoldelsen. Videre vil det, som klageren har påpekt, kunne få konkrete konsekvenser i forhold til eventuell utdanning eller jobb, personlig økonomi, helse m.v. Ut fra det som har skjedd i den foreliggende saken, har jeg en viss forståelse for at klageren kan oppfatte det som urimelig at dommen skal sones på vanlig måte, uten hensyn til de feilene som har skjedd. Hvorvidt den lange ventetiden og forholdene rundt dette eventuelt kan få betydning for soningen, er det imidlertid opp til kriminalomsorgen å vurdere. Jeg antar likevel at tidsforløpet fra de straffbare handlinger fant sted, og det forhold at A siden da ikke skal ha vært involvert i nye kriminelle handlinger, vil kunne få betydning for søknader om bl.a. permisjon, overføring til fengsel med lavere sikkerhetsnivå og prøveløslatelse.

Det er fra klagerens side påpekt at dersom forsinkelsen hadde funnet sted før hovedforhandling, ville det ha medført at straffen hadde blitt vesentlig mildere. I forbindelse med benådningssaken er det også vist til bestemmelsene om retten til en rettfærdig rettergang i Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK) art. 6. Utgangspunktet både i sivile saker og straffesaker er at det er tidsforløpet frem til endelig dom som er relevant i forhold til EMK art. 6 (1) om rettergang innen rimelig tid. Møse, Menneskerettigheter, Oslo 2002, s. 360 - 361 åpner for at det «etter omstendighetene» også kan bli tale om å trekke inn tidsrom etter endelig dom «f.eks. i forbindelse med fullbyrdelse av den». Han viser også til en del konkrete avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), som jeg ikke kan se har overføringsverdi i forhold til det spørsmålet som er aktuelt her. EMK art. 6 (1) synes således ikke å være direkte anvendelig i forhold til den foreliggende saken.

Klageren har også vist til at han ved flere anledninger har vært i kontakt med politiet i andre sammenhenger, og har anført at det virker «påfallende» at ingen har reagert på at han ikke var innkalt til soning. Jeg kan ikke se at den kontakten han har hatt med politi og påtalemyndighet, har gitt disse organene en særskilt oppfordring til å reagere.

Jeg har merket meg at Østfold politidistrikt mener at dagens rutiner for å sikre oppfølgingen av dommer som skal fullbyrdes er tilfredsstillende. Dette har bl.a. sammenheng med at det er etablert en elektronisk domsjournal med en del rutinetrikk for saker som sendes til fullbyrding. Jeg har notert meg at politidistriktet etterlyser et sentralt restansesystem for ufullbyrdede dommer, og at politidistriktet stiller spørsmål om KRIPOS bør ha oppfølgingsansvaret for dette.

Det faller utenfor rammen av den foreliggende saken å trekke generelle konklusjoner med hensyn til rutinene for fullbyrding av rettskraftige dommer. Jeg har imidlertid i løpet av kort tid behandlet to saker der det på ulike måter har sviktet med hensyn til fullbyrdingen, slik at det har tatt lang tid før domfel-

te har blitt innkalt til soning. På bakgrunn av dette vil jeg be Riksadvokaten, eventuelt i samarbeid med Justis- og politidepartementet, vurdere om oppfølgingsrutinene for fullbyrding av dommer er tilfredsstillende. I denne forbindelse vil det kunne være naturlig å vurdere om et sentralt register for ufullbyrdede dommer eventuelt kan være et egnet virkemiddel for å redusere risikoen for tilsvarende hendelser som i den foreliggende saken. Jeg ber om å bli holdt orientert om Riksadvokatens oppfølging.»

I brev 20. april 2007 opplyste riksadvokaten at innføringen av et nytt elektronisk saksbehandlingssystem (BL-systemet) ved samtlige statsadvokatembeter og politidistrikter trolig ville redusere risikoen for at dommer på grunn av forglemmelse ikke blir beordret fullbyrdet straks de er rettskraftige. Riksadvokaten viste videre til at samtlige statsadvokatembeter og politidistrikter i brev samme dag var minnet om viktigheten av gode rutiner for å sikre at det raskt blir gitt fullbyrdesordre.

I forhold til spørsmålet om innføringen av et sentralt restansesystem for ufullbyrdede dommer uttalte riksadvokaten:

«Ansvaret for innkalling til soning skal overføres fra politiet til kriminalomsorgen, jf. St.prp. nr. 1 (2005-2006) s. 81. Riksadvokaten har foreslått at hele fullbyrdesprosessen overføres til kriminalomsorgen, jf. høringsuttalelse av 13. februar 2007 (s. 2-3), som vedlegges i kopi. Justisdepartementet arbeider nå med forslag til nye regler. Selv om det ennå ikke er klart hvordan regelverket blir utformet, er det på det rene at det vil bli vesentlige endringer. Når dette er situasjonen viker riksadvokaten tilbake for i regi av påtalemyndigheten å sette i verk arbeid med et sentralt register for ufullbyrdede dommer slik ombudsmannen er inne på. Riksadvokaten har imidlertid oversendt ombudsmannens uttalelse til departementet slik vedlagte kopi av brev av i dag viser.»

Etter dette fant jeg å kunne la spørsmålet om politiets og påtalemyndighetens rutiner i forbindelse med fullbyrding av dommer bero i denne omgang. Jeg forutsatte imidlertid at Justis- og politidepartementet i forbindelse med sitt pågående arbeid ville ta tilbørlig hensyn til behovet for å etablere gode rutiner og systemer for å sørge for at rettskraftige dommer raskt blir besluttet fullbyrdet og at dommer ikke blir glemt fullbyrdet.

## 59.

### **Kriminalomsorgens bruk av informasjon fra politiet i saker om permisjon og overføring til overgangsbolig**

(Sak 2006/1502)

*A klaget til ombudsmannen over flere avslag fra kriminalomsorgen på hans søknader om permisjon og overføring til overgangsbolig. Sentralt i saken stod kriminalomsorgens bruk av informasjon fra politiet,*



formidlet gjennom INFOFLYT-systemet, i forbindelse med vedtakene.

Ombudsmannen uttalte at det ikke er tvilsomt at informasjon fra politiet kan trekkes inn i vurderingen av om permisjon eller overføring er sikkerhetsmessig forsvarlig. Han hadde ikke grunnlag for å kritisere de sikkerhetsmessige vurderingene som var gjort i saken, men påpekte at regionens begrunnelser for avslagene var knappe. Ombudsmannen understreket at politiet bør utforme de opplysningene som registreres i INFOFLYT på en måte som reflekterer hvor god dekning det er for dem, og at vedtaksorganet har ansvar for å underlegge INFOFLYT-informasjonen en selvstendig vurdering dersom den inntas som en del av beslutningsgrunnlaget i enkelt saker. INFOFLYT er ment å være et kvalitetssikringsystem og må ikke bidra til å gi legitimitet til ubekreftede opplysninger, rykter og spekulasjoner.

As søknad om permisjon fra X fengsel ble avslått av fengselet. Avslaget ble opprettholdt av Kriminalomsorgen region nord 5. september 2006. Det ble vist til straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 33 første ledd, som gir kriminalomsorgen adgang til å nekte innsatte permisjon dersom sikkerhetsmessige grunner taler mot det. I vedtaket het det bl.a.:

«Kriminalomsorgen region nord har innhentet opplysninger fra politiet vedrørende den sikkerhetsmessige vurderingen i saken. På bakgrunn av disse opplysningene anser vi det ikke sikkerhetsmessig forsvarlig å innvilge domfelte ordinær permisjon på nåværende tidspunkt. Disse opplysningene er unntatt fra partsinnsyn jf. straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c. Domfeltes anførsler er vurdert, men kan under henvisning til ovennevnte ikke føre frem. Vedtaket blir således å opprettholde.»

Regionen opprettholdt 1. november 2006 fengslets avslag på As søknader om henholdsvis overføring til overgangsbolig og ordinær permisjon. Begrunnelsene for avslagene var i det vesentlige likegyldende som for permisjonsavslaget.

A klaget til ombudsmannen over flere vedtak fattet av X fengsel og Kriminalomsorgen region nord.

Sakens dokumenter, inkludert dokumentene som inneholder de aktuelle opplysningene fra politiet registrert i INFOFLYT, ble innhentet fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF). Kriminalomsorgen region nord ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for sikkerhetsvurderingen. Regionen ble også spurt om den foretok en nærmere vurdering av politiets opplysninger, for eksempel innholdet i og holdbarheten av de ulike opplysningene, eller om politiets konklusjoner ble lagt til grunn uten videre. Videre ble det stilt spørsmål om situasjonen ble vurdert forskjellig på tidspunktene for de ulike vedtakene og om det ble vurdert å be politiet utdype opplysningene eller vurderingene.

Kriminalomsorgen region nord viste i sitt svarbrev til at det etter KSFs retningslinjer til straffe-

gjennomføringsloven m.v. punkt 1.8 skal legges vekt på innsattes tidligere domfellelser og tilhørighet til organiserte kriminelle miljøer. Videre uttalte regionen:

«Domfeltes kriminelle virksomhet over mange år, som har resultert i en lang rekke domfellelser, samt hans uttalte tilhørighet til Hells Angels, danner et bakteppe for alle avgjørelser som er tatt i saker vedrørende domfelte. Dette fremkommer dessverre ikke klart i vedtakene, men er tross alt årsaken til at kriminalomsorgen har gått til det skritt å anmode politiet om nærmere opplysninger gjennom INFOFLYT-systemet.»

Om vurderingen av politiets opplysninger uttalte regionen:

«Politiets opplysninger er selvsagt underkastet en selvstendig vurdering av kriminalomsorgen. Dette vises også ved at man gjentatte ganger har innhentet nye opplysninger fra politiet, for å være sikker på at den sikkerhetsmessige vurderingen kunne stå ved lag. De opplysninger som vedtakene av 01.11.06 bygger på, er imidlertid av en så vidt konkret art at det ikke var naturlig å be politiet om å utdype disse.

På mer generelt grunnlag vil vi dessuten bemerke at kriminalomsorgen er avhengig av de opplysninger som politiet kommer med; vi har ikke noe selvstendig etterforskningsapparat som kan verifisere disse opplysningene, og det politiet som rette myndighet uttaler om for eksempel mistanke om nye straffbare forhold, tilhørighet til et kriminelt miljø, kontakt med personer i kriminelle miljøer og andre forhold som politiet har avdekket under sin etterforskning må i stor grad kunne legges til grunn for de avgjørelser som vi tar.»

Regionen opplyste at den ikke vurderte situasjonen vesentlig annerledes i november 2006 enn i august/september 2006.

A kom med en rekke merknader til regionens brev, og bestred bl.a. regionens adgang til å vektlegge hans tilhørighet til Hells Angels. Han anførte også at kriminalomsorgen hadde avslått hans søknader på ulovlig grunnlag ettersom den aktuelle informasjonen fra politiet ikke førte til noen siktelse og fordi han ikke fikk mulighet til å forsvare seg mot den.

I brev hit anførte klagerens advokat blant annet at kriminalomsorgen hadde tatt utenforliggende hensyn ettersom uverifiserte opplysninger fra politiet som stammet fra tidlig i 2006 var tatt i betraktning. Han viste også til Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 art. 11 om forsamlingsfrihet, og at denne måtte gjelde medlemskap i en organisert motorsykelklubb. Klageren kom med ytterligere merknader i brev 9. oktober 2007.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 33 at kriminalomsorgen kan gi innsatte permisjon dersom «sikkerhetsmessige grunner ikke

taler mot det» og «særlige og vektige grunner taler for det» eller «permisjon anses formålstjenlig for den videre gjennomføring av straffen». Ifølge loven § 15 tredje ledd om overføring fra fengsel med høyt eller lavere sikkerhetsnivå til overgangsbolig skal overføring ikke skje bl.a. dersom «sikkerhetsmessige grunner taler mot det, eller det er grunn til å anta at innsatte vil unndra seg gjennomføringen». Overføringen må også være «hensiktsmessig for å fremme en positiv utvikling og for å motvirke ny kriminalitet».

Ifølge KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v. pkt. 3.36 skal spørsmålet om permisjon er sikkerhetsmessig forsvarlig avgjøres ved en konkret helhetsvurdering der det tas utgangspunkt i kriminalomsorgens «totale kjennskap til innsatte». Det skal blant annet ses hen til «opplysninger om innsatte fra andre kilder, herunder politiet». Etter retningslinjene pkt. 3.11 skal det i vurderingen av sviktfare ved overføring legges vekt på innsattes atferd under straffegjennomføringen og «kjennskap kriminalomsorgen for øvrig har til ham».

Retningslinjene pkt. 1.8 «Alminnelige prinsipper for sikkerhetsvurdering» gir anvisning på en rekke momenter som er generelt relevante i de sikkerhetsvurderingene kriminalomsorgen foretar i ulike sammenhenger. Det fremheves at sikkerhetsmessige forhold «skal alltid vurderes særlig nøye og basere seg på en bred helhetsvurdering av opplysningene i saken». Videre presiseres det at kriminalomsorgen «må vurdere om det er hensiktsmessig å ta kontakt med politiet», og det er uttrykkelig henvist til at det må «vurderes om det er behov for å be Kriminalomsorgens sentrale forvaltning om opplysninger fra Inflytssystemet».

Ifølge Justis- og politidepartementets rundskriv G-3/2005 Informasjonsutveksling mellom kriminalomsorgen og politiet/påtalemyndigheten pkt. 2 skal bl.a. jevnlig utveksling av informasjon mellom kriminalomsorgen og politiet/påtalemyndigheten «gi kriminalomsorgen et bedre grunnlag for sin sikkerhetsvurdering av varetektsfengslede og dømte». For utveksling av informasjon om særlig alvorlige saker og med særlig høy risiko skal INFOFLYT-systemet benyttes. Systemet, som tar sikte på å være en sentral kvalitetssikring av kriminalomsorgens informasjonsgrunnlag i slike saker, er nærmere regulert i KSFs rundskriv 2/2005 INFOFLYT - Særskilt saksbehandlingsinstruks.

Det er etter dette ikke tvilsomt at informasjon fra politiet kan trekkes inn i vurderingen av om permisjon eller overføring er sikkerhetsmessig forsvarlig. Det kan ikke, som klageren anfører, oppstilles noe krav om at den aktuelle informasjonen leder til siktelser eller lignende, eller at opplysningene er verifiserte. Sikkerhetsvurderingen er en vurdering av risikoen for *fremtidige forhold*, slik som nye straffbare forhold og misbruk av permisjon eller lignende. Avhengig av informasjonens karakter og kvalitet vil politiets opplysninger etter omstendighetene også

kunne være avgjørende for utfallet av en søknad. Straffegjennomføringsloven og retningslinjene klare utgangspunkt er imidlertid at en sikkerhets- og sviktfarevurdering skal avgjøres ut fra et helhetlig perspektiv der flere momenter skal tas i betraktning.

I dette tilfellet har Kriminalomsorgen region nord i sitt svarbrev hit vist til at klagerens kriminelle virksomhet over mange år og hans «uttalte tilhørighet til Hells Angels» dannet «bakteppe for alle avgjørelser som er tatt i saker vedrørende domfelte». Regionen har erkjent at dette ikke kom klart frem i de aktuelle vedtakene. Dette utgjør en klar svakhet ved vedtakene. Regionens begrunnelser består i en svært knapp henvisning til «opplysninger fra politiet vedrørende den sikkerhetsmessige vurderingen i saken», opplysninger som i dette tilfellet var unntatt fra partsinnsyn. Der vesentlige deler av beslutningsgrunnlaget er unntatt partsinnsyn, er det etter mitt syn særlig viktig at innsatte får et så fullstendig inntrykk som mulig av de øvrige elementene i begrunnelsen.

Samtlige dokumenter registrert i INFOFLYT på vedtakstidspunktene har vært tilgjengelige ved gjennomgangen av saken her, og det har dermed vært mulig for meg å foreta en selvstendig og uavhengig vurdering av disse. Ombudsmannen må være tilbakeholden med å overprøve det skjønnet som kriminalomsorgen utøver i forbindelse med sikkerhetsvurderinger. I lys av dette har jeg ikke grunnlag for å kritisere de vurderingene som er foretatt, som har et bredere grunnlag enn tilknytningen til Hells Angels. Jeg finner imidlertid grunn til å komme med enkelte bemerkninger om ansvaret for utformingen og vektleggingen av den informasjonen som fremkommer i INFOFLYT-dokumentene.

Av KSFs rundskriv 2/2005 fremgår det at «Nye Kripes» eller Politiets sikkerhetstjeneste (PST) er ansvarlig for utformingen av de opplysninger som formidles til KSF gjennom INFOFLYT. Det presiseres bl.a. at «[i]nformasjon fra Nye Kripes/ PST til KSF gis i bearbeidet form» og at «[n]år ikke verifiserte opplysninger utleveres, bør det gjøres oppmerksom på at deres korrekthet ikke er avklart». I denne sammenheng er det viktig at politiet vurderer nøye hvilke opplysninger som registreres, utviser kildekritikk med hensyn til hvilke kilder de baserer opplysningene på, og formulerer opplysningene på en måte som reflekterer hvor god dekning det er for dem. Det er grunn til å understreke at INFOFLYT er ment å være et kvalitetssikringssystem og ikke må bidra til å gi legitimitet til ubekreftede opplysninger, rykter og spekulasjoner.

Det aktuelle vedtaksorganet har også et ansvar for å underlegge informasjonen som formidles gjennom INFOFLYT en selvstendig vurdering når den inntas som en del av beslutningsgrunnlaget i enkelt saker. At en innsatt er registrert i INFOFLYT, gir ikke i seg selv grunnlag for å avslå søknader av sikkerhetsmessige hensyn. Kriminalomsorgen region nord bekrefter i sitt svarbrev hit at politiets opplysninger i

dette tilfellet ble underkastet en selvstendig vurdering. Regionen påpeker at kriminalomsorgen er avhengig av de opplysninger som politiet kommer med og ikke har noe selvstendig etterforskningsapparat som kan verifisere disse opplysningene. Dette er imidlertid ikke til hinder for at kriminalomsorgen kan velge å se bort fra opplysninger som virker lite velfunderte eller gjelder forhold som ligger langt tilbake i tid. Eventuelt bør det være mulig å be politiet om utdypende kommentarer og bekreftelse på at informasjonen fremdeles er aktuell. Vedtaksorganenes ansvar må ses i lys av at de aktuelle opplysningene ofte vil være unntatt innsattes innsyn.

Klageren har på sin side anført at kriminalomsorgen ikke hadde adgang til å vektlegge informasjonen fra politiet fordi han ikke fikk mulighet til å forsvare seg mot den. Denne anførselen er forståelig, men kan ikke føre frem. Dersom klageren ønsker innsyn i den informasjonen som er registrert om ham i INFO-FLYT, må han fremme et særskilt krav om dette.

Ut over disse merknadene finner jeg å kunne la saken bero med den redegjørelsen som Kriminalomsorgen region nord har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

## 60.

### **Fange ble utelukket fra fellesskapet etter å ha forsovet seg**

(Sak 2006/993)

*Etter andre gangs forsovelse ble en innsatt delvis utelukket fra fellesskapet i fengselet for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet», jf. straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 37 første ledd bokstav e. Han mistet samtidig skoleplassen. Fengselet fattet kort tid etter nytt vedtak om delvis utelukkelse av plasshensyn. Kriminalomsorgen region sør stadfestet uttrykkelig det første vedtaket uten å nevne det andre. I klagen til ombudsmannen anførte den innsatte blant annet at utelukkelsen var en uforholdsmessig streng reaksjon.*

*Ombudsmannen uttalte at klagevedtaket var uheldig utformet fordi det etterlot tvil om det siste vedtaket var behandlet. Vedtaket om delvis utelukkelse på grunn av forsovelse fremsto som strengt ut fra forholdene. Saken var ikke vurdert på en tilfredsstillende måte.*

Fengselet besluttet 10. februar 2006 å utelukke A delvis fra fellesskapet og overføre ham fra avdeling D til avdeling A etter andre gangs forsovelse. Forsovelsen ble sett på som en unnlattelse av å oppfylle arbeidsplikten og vedtaket ble vurdert som nødvendig for å «opprettholde ro, orden og sikkerhet» etter straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 37 første ledd bokstav e. I fengselets vedtak 16. februar 2006 ble han delvis utelukket fra fellesskapet ut fra plasshensyn, jf. straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd. Han ble igjen overført til en ordi-

nær fellesskapsavdeling 22. februar 2006. Han mistet skoleplassen på avdeling D, men fikk tilbud om fortsatt selvstudium. Kriminalomsorgen region sør opprettholdt det første vedtaket 7. april 2006.

Juss-Buss anførte på vegne av A at det første vedtaket var en uforholdsmessig streng reaksjon og at det ville vært tilstrekkelig å ilegge andre reaksjoner, jf. Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften pkt. 3.40. Forsovelsen var ifølge Juss-Buss ikke et brudd på aktivitetsplikten av kvalifisert grad. Juss-Buss var også kritisk til fengselets praksis i slike saker. Det andre vedtaket om utelukkelse fra fellesskap ble hevdet å bygge på en uriktig lovtolkning.

I brev herfra til Kriminalomsorgen region sør ble det påpekt at regionen bare syntes å ha klagebehandlet det første vedtaket om utelukkelse. Regionen ble bedt om å kommentere dette. Videre ble regionen bedt om å opplyse hvilke kilder som lå til grunn for uttalelsen om at A «la seg til å sove etter å ha fått et siste varsel om avgang til skolen». Det ble vist til at det ikke fremgikk av fengselets vedtak eller hendelsesrapport at han hadde fått flere varsler. Regionen ble også bedt om å gi en nærmere begrunnelse for vedtaket og for spørsmålet om mindre inngripende tiltak burde ha vært iverksatt.

I sitt svar uttalte regionen at fengselets vedtak 16. februar 2006 «burde vært undergitt en konkret vurdering i vårt vedtak». For å «bøte på denne inkurien» realitetsbehandlet regionen samme dag klagen på dette vedtaket og klagen ble avslått. Videre siterte regionen en uttalelse fra fengselet, der fengselet redegjorde for praksis rundt vekking. Fengselet opplyste at vekking om morgenen er fast rutine og den blir ikke avsluttet «før den innsatte, verbalt eller ved bevegelse, har gitt synlige livstegn». Den andre vekkingen av A skal ha skjedd via calling:

«Innsatt opplyste at han hadde forsovet seg. Innsatt fikk beskjed om at han hadde 2 min. på seg til rådighet før tjenestemannen ville se innsatt ute i fellesskapet, klar for avgang skole. Etter dette var det ingenting å se eller høre fra han før kl. 0910 da han bad om å få ringe advokat.»

Til spørsmålet om vedtaket om utelukkelse var nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet, uttalte regionen:

«X fengsel opplyser at praksis for håndtering av innsatte som nekter å delta i sysselsetting, herunder kommer med påstand om forsovelse, har variert gjennom årene. I perioden fengselet førte en liberal praksis økte antallet arbeidsnekt. Fengselet fant det da nødvendig med en innskjerping for å få redusert antall arbeidsnekt. Innsatt som forsovet seg eller av andre grunner nektet å delta i sysselsetting, sank da dramatisk.

Etter straffegjennomføringsloven § 3, 3. ledd har domsinnsatte aktivitetsplikt og den kan bl.a. bestå av opplæring (skole). Regionalt nivå er enig i X fengsels fortolkning av § 3, 3. ledd om at unnlatt fremmøte ved utlasing/avgang fra bo-

enheten til skoleavdelingen må kunne anses som brudd på aktivitetsplikten.

Det følger av straffegjennomføringslovens retningslinjer pkt. 3.40 at brudd på aktivitetsplikten kan gi grunnlag for å utelukke innsatte i medhold av § 37, 1. ledd pkt. e). Det forutsetter at forholdet er så «graverende at det forstyrrer ro, orden og sikkerhet i fengselet». Hvorvidt det er så graverende må da undergis en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

A forsov seg første gang den 19.12.05. Han ble da gitt en muntlig advarsel, se utskrift fra journalen for innsatt, men han kunne møte på skolen kl 0815.

Den 10.02.06 møtte han ikke til utlåsning selv om han ble vekket to ganger. Han ble da utelukket fra fellesskapet i medhold av § 37, 1. ledd og overført avd. A. Hvis det hadde vært første gangs forsovelse forutsetter regionalt nivå at X fengsel ville vurdert et mindre inngripende tiltak. Vi viser i den forbindelse til at han den 19.12.05 fikk en advarsel for samme type hendelse.

Som det fremgår av regionalt nivå's vedtak ble det også vektlagt at han en gang tidligere hadde forsovet seg. Det var et av grunnlagene for at vi ikke overprøvet fengselets skjønn om at det ikke var tilstrekkelig med et mindre inngripende tiltak.

X fengsel opplyser at de nå bl.a. med grunnlag i denne konkrete saken har endret sin praksis og i større grad samarbeider med skolen for å finne egnede tiltak før det eventuelt besluttes utelukkelse fra fellesskapet og overføring til avd. A. Denne praksisendringen ble gjennomført etter tilsynsrådets besøk den 20.04.06.

Tilsynsrådet hadde da en samtale med X og i fengslets tilbakemeldinger til rådet uttales det bl.a.:

«Tidligere praksis har vært at det ved første gangs forsovelse ikke skal utelukkes i medhold av § 37 og overføres til avd. A. Overføring til avd. A kan innebære at man mister skoleplassen, hvilket i mange tilfeller innebærer et større inngrep enn for innsatt som er sysselsatt med annet enn skole/undervisning. Videre er det også viktig at det tas kontakt med skolen/lærer før evt. tvangsoverføring til avd. A.

Det ses nødvendig å gjennomgå praksis.»

X fengsel opplyser videre at med bakgrunn av rutineendringen ville en adekvat reaksjon i dag antagelig vært at [A] ble låst inne på cella frem til middagstider.

Regionalt nivå er i dag enig med fengslet i at det for innsatte som går på skole, bør i størst mulig grad etableres andre typer reaksjoner enn en overføring til avd. A.»

Juss-Buss oversendte et brev fra A der han opplyste at han ble nektet overføring til skoleavdelingen og at gjennomføringen av studieopplegget hans ble vanskeliggjort.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Klagebehandlingen.

Kriminalomsorgen region sørs klagevedtak 7. april 2006 omhandler bare X fengsels vedtak 10. februar 2006. Vedtaket 16. februar 2006, som ble truffet på

et annet rettslig grunnlag, er ikke nevnt. Dette er uheldig og etterlater tvil om sistnevnte vedtak ble vurdert. Jeg har imidlertid notert meg at regionen realitetsbehandlet klagen på dette vedtaket 19. oktober 2006, etter henvendelsen herfra.

#### 2. Det faktiske grunnlaget for vedtaket 10. februar 2006.

I sitt vedtak la Kriminalomsorgen region sør til grunn at A «la seg til å sove igjen etter å ha fått et siste varsel om avgang til skolen». Det er vanskelig å se at det var dekning for denne uttalelsen i det skriftlige materialet som forelå på klagetidspunktet. Fengselets vedtak og hendelsesrapporten som vedtaket bygger på, omtaler bare ett varsel. Klageren har dessuten hatt en annen oppfatning av hendelsesforløpet enn fengselet.

Under ombudsmannens behandling er det opplyst at klageren ble vekket i henhold til vanlige rutiner. Han fikk dermed to muligheter til å være på plass, i tillegg til muligheten for egen vekking. Det faktiske grunnlaget for vedtaket anses med dette for å være tilstrekkelig klarlagt.

#### 3. Realiteten i vedtaket 10. februar 2006.

Kriminalomsorgen har lagt til grunn at unnlatt fremmøte ved utlåsning eller avgang til skoleavdelingen på grunn av forsovelse er brudd på aktivitetsplikten etter straffegjennomføringsloven § 3 tredje ledd. Jeg har ingen innvendinger mot denne tolkningen så fremt den innsatte er gitt tilstrekkelig anledning til å møte frem til riktig tid, og forholdene ellers gjør det naturlig å sidestille forsovelsen med en nektelse. Dette synes å være tilfellet i denne saken. Jeg har heller ingen innvendinger mot synet på at brudd på aktivitetsplikten etter omstendighetene kan gi grunn til utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Bestemmelsen stiller som vilkår at et slikt tiltak er «nødvendig» for å «opprettholde ro, orden og sikkerhet». I Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften heter det i pkt. 3.40 at brudd på aktivitetsplikten «omfattes av bokstav e) i den grad forholdet er så graverende at det forstyrrer ro, orden og sikkerhet i fengselet». Det fastslås også at det skal «vurderes om det er tilstrekkelig med andre og mindre inngripende tiltak», og tiltakene skal «ikke være mer omfattende enn nødvendig».

Kriminalomsorgen har lagt vekt på at A forsov seg 19. desember 2005 og fikk en muntlig advarsel. Han fikk den gangen anledning til å møte på skolen. Kriminalomsorgen har fremhevet at denne episoden fant sted relativt kort tid før den nye forsovelsen i februar 2006. Jeg har også merket meg redegjørelsen for praksis ved nektelse av å delta i sysselsetting og fengselets erfaring med at en mer liberal praksis tid-

ligere ga økt antall arbeidsnektelser. Etter mitt syn er det likevel et spørsmål om reaksjonsformen her var unødig streng og rigid og om episoden kan karakteriseres som «graverende» sett i sammenheng med den tidligere episoden.

Jeg antar at vurderingen i noen grad vil bero på situasjonen i fengselet for øvrig og om forsovelsen, sett i lys av denne situasjonen, var egnet til å forstyrre ro, orden og sikkerhet. Fengselet har påpekt at A «øver uheldig innflytelse på medinnsatte ved å unnlate å oppfylle arbeidsplikten». Det er ikke gitt noen opplysninger om forholdene i fengselet fra tiden rundt forsovelsene og As øvrige atferd, og jeg må da legge til grunn at det ikke var særlig påkrevet med en streng reaksjon ut fra slike forhold.

I fengselets begrunnelse, som regionen i klagevedtaket ikke hadde noen merknader til, er hensynet til kapasiteten innen skoleavdelingen særlig fremhevet:

«I X fengsel er etterspørselen etter skoleplass stor. Innsatte som gjentatt bryter arbeidsplikten ved ikke å møte til arbeid eller undervisning, opptar en plass for de som ønsker å benytte undervisning eller annen sysselsetning i forbindelse med egenutvikling eller som et tiltak i forbindelse med fremtidsplan. Vi ser det derfor ikke formålstjenelig at de som unnlater å oppfylle aktivitetsplikten opptar en fengselsplass i fellesskapsseksjonen, som andre innsatte kan nyttegjøre seg. Innsatte blir å overføre til avdeling A. Mindre inngripende tiltak er vurdert og ikke funnet tilstrekkelig.»

Jeg forstår dette som en vurdering av hensiktsmessigheten av fortsatt å ha A plassert på skoleavdelingen, til fortrenghet for andre. Det er vanskelig å se at et slikt perspektiv er relevant når hjemmelen for vedtaket er straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Hva som er en «formålstjenelig» plassering og prioritering mellom innsatte har lite med ro, orden og sikkerhet å gjøre, som jo er temaet i saken. Fengselets vurdering av at mindre inngripende tiltak ikke er funnet tilstrekkelig, fremstår dermed som tvilsom. Ut fra sammenhengen ser det ut til at denne vurderingen er knyttet til hva som anses hensiktsmessig tatt i betraktning kapasitetsproblemer ved fengselet. Det korrekte temaet er imidlertid om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig som et forebyggende tiltak av hensyn til ro, orden og sikkerhet. Jeg kan heller ikke se at Kriminalomsorgen region sør i sitt knappe vedtak har vurdert dette særskilt.

Jeg har merket meg at fengselet nå skal ha endret sin praksis i slike saker. I uttalelsen til regionen i anledning ombudsmannssaken gjengir fengselsdirektøren deler av sin egen tilbakemelding til tilsynsrådet etter rådets besøk 20. april 2006. Direktøren peker på at overføring til avdeling A kan resultere i at den innsatte mister skoleplassen, hvilket i mange tilfeller innebærer et langt større inngrep enn for innsatte som er sysselsatt med annet enn skole/undervisning.

Videre fremhever direktøren at det er viktig at det tas kontakt med skolen/læreren før en eventuell tvangsoverføring til avdeling A. I direktørens brev til regionen heter det videre:

«Det skal foretas en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Utelukkelse fra fellesskapet pga arbeidsnekt og overføring til avd. A kan for enkelte innebære tap av verdifull tid med undervisning like før en eksamen. Gjeldende rutine tilsier at avdelingsledelsen skal innhente opplysninger fra skoleledelsen før det evt. treffes beslutning av overføring til avd. A. På bakgrunn av de opplysningene ville adekvat reaksjon i dag vært at innsatt ble låst inne på cella frem til middagstider.»

Regionen «er i dag enig med fengslet i at det for innsatte som går på skole, bør i størst mulig grad etableres andre typer reaksjoner enn en overføring til avd. A».

Jeg forstår uttalelsene som en erkjennelse av at reaksjonen mot A var for streng. Dette er jeg enig i.

#### 4. Vedtaket 16. februar 2006.

Det første vedtaket om delvis utelukkelse fra fellesskapet opphørte 16. februar 2006. Fengselet traff samme dag vedtak om delvis utelukkelse fra fellesskapet av plasshensyn etter straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd, som lyder:

«Kriminalomsorgen kan beslutte at en innsatt skal utelukkes helt eller delvis fra fellesskapet dersom bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold gjør det påkrevet, eller dersom den innsatte selv ønsker det.»

Seks dager senere ble han overført til en fellesskapsavdeling. Vedtaket om delvis utelukkelse ble uttrykkelig stadfestet av regionen 19. oktober 2006, se pkt. 1 ovenfor. Regionen avviste klagerens anførsel om at det bare er ekstraordinære bemannings- og bygningsmessige situasjoner som gir hjemmel for å anvende bestemmelsen. Det ble fra regionen uttalt at «det er opp til fengselet å disponere ressursene på en best mulig måte» og at innsatte «i perioder [må] finne seg i at de har noe mindre felleskap og aktiviteter enn på en ordinær avdeling».

Etter gjennomgangen av saken har jeg ikke avgjørende rettslige innvendinger mot kriminalomsorgens lovtolkning eller rettsanvendelse. Jeg fremhever at vedtaket gjaldt delvis utelukkelse for et kort tidsrom.

#### 5. Oppsummering.

Klagevedtaket fra Kriminalomsorgen region sør var utformet på en slik måte at det var uklart om begge de påklagede vedtakene var behandlet. Beskrivelsen av det faktiske grunnlaget for vedtaket var dessuten delvis uten dekning i sakens dokumenter. Det er imidlertid brakt på det rene i ettertid at grunnlaget var forsvarlig.

Vedtaket om delvis å utelukke A fra fellesskapet 10. februar 2006 var strengt ut fra forholdene. Spørsmålet om tiltaket var nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet eller om andre og mindre inngrepene var tilstrekkelig, ble ikke tilfredsstillende vurdert. Det kan stilles spørsmål om vedtaket var påvirket av kapasitetsproblemer ved den aktuelle avdelingen. Etter den omleggingen av praksis i slike saker som nå ser ut til å være gjennomført i X fengsel, er det ikke grunn for meg til å gå videre med saken.

Jeg har ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot vedtaket 16. februar 2006 om delvis utelukkelse fra fellesskapet av plasshensyn.»

## 61.

### Forebygging av selvdrap og selvbeskadigelse i fengsel

(Sak 2005/1691)

*På bakgrunn av generelle opplysninger fra fylkeslegene om at helsetilbudet til innsatte med psykiske problemer var mangelfullt, og etter en konkret henvendelse etter et selvdrap i Berg fengsel, besluttet ombudsmannen å sette i verk en generell undersøkelse. Kriminalomsorgens sentrale forvaltning ble bedt om å redegjøre for hvilke tiltak som var satt i verk for å avdekke, avhjelpe og forebygge psykiske lidelser blant innsatte. Dernest spurte ombudsmannen om hva som var gjort for å forebygge selvdrap og beskadigelse, og han ba om å få oversendt rapporter og annet materiale for de seneste årene.*

*Ombudsmannen tok i uttalelsen utgangspunkt i at fengselsinnsatte har krav på samme helsehjelp som andre mennesker. Fengselsmyndighetene har hovedansvaret for de innsatte - og dermed også for deres helsetilstand. Hovedinntrykket var at fengselsmyndighetene tok ansvaret alvorlig og var oppmerksomme på problemene. Det var likevel grunnlag for en del kritiske merknader. Blant annet pekte ombudsmannen på at den høye kapasitetsutnyttelsen i fengslene kunne vanskeliggjøre oppfølgingen av den enkelte innsatte. Ombudsmannen understreket betydningen av gode rutiner og et utstrakt samarbeid mellom fengslene og andre myndigheter som har med de innsatte å gjøre. Han pekte også på at enkelte perioder eller hendelser under et fengselsopphold erfaringsmessig oppleves som særlig belastende. Dette gjelder ikke minst den første tiden i varetekt. Det er viktig at de innsatte følges særlig opp i slike perioder, og at ressursene styres inn mot de innsatte som virkelig trenger det.*

#### I min avsluttende uttalelse om saken skrev jeg:

«Bakgrunnen for denne undersøkelsen er dels opplysninger fra fylkeslegene om at tilbudet til innsatte med psykiske problemer er utilstrekkelig, dels en konkret henvendelse etter et selvdrap i Berg fengsel.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) har redegjort for generelle tiltak som er iverksatt for å sikre et tilstrekkelig helsetilbud til innsatte med psykiske problemer og hvilke rutiner som følges for å forebygge selvbeskadigelse og selvdrap blant innsatte. Nedenfor følger en redegjørelse for problemstillingen og enkelte kritiske bemerkninger. Jeg har merket meg at en forskningsrapport vil foreligge innen utgangen av dette året, og forutsetter at rapporten blir vurdert med sikte på hva som i praksis kan gjøres for å forebygge selvbeskadigelse og selvdrap blant innsatte. Med denne forutsetningen har jeg funnet å kunne la saken bero med de redegjørelsene Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har gitt.

Helsetjenesten for de innsatte i norske fengsler skal være likeverdig med helsetjenesten som den øvrige befolkningen tilbys, med et tjenestetilbud tilpasset den enkeltes behov og etter en individuell vurdering.

I de seneste årene har flere uavhengige forskningsrapporter omhandlet psykiske lidelser hos innsatte i norske fengsler, og det er avdekket et behandlingsbehov hos en betydelig andel av de innsatte. Behovet synes å være særlig sterkt hos dem som soner atskilt fra fellesskapet. I en vurdering av det helsemessige tilbudet til innsatte i 2001, foretatt på oppdrag av Statens helsetilsyn, signaliserte enkelte av fylkeslegene at spesialisthelsetjenestens tilbud til innsatte med psykiske problemer kunne være utilstrekkelig i forhold til behovet (Rapport fra helsetilsynet 4/2002).

Blant annet på denne bakgrunn og på grunn av en konkret henvendelse etter et selvdrap ved Berg fengsel i 2001, ble Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) herfra bedt om å orientere om hvilke generelle tiltak som var iverksatt for å sikre et tilstrekkelig helsetilbud til innsatte med psykiske problemer. Det ble også spurt om hvilke rutiner som følges for å forebygge selvbeskadigelse og selvdrap blant innsatte.

KSF ble, så langt dette var mulig, bedt om å vurdere i hvilken grad tiltakene og rutinene ble ansett tilstrekkelig virksomme.

Fra brevet herfra 18. november 2005 til KSF siteres:

«Kriminalomsorgen bes redegjøre for hvilke rutiner som følges for å avklare den innsattes psykiske helsetilstand og eventuelle behov for helsehjelp. Dette gjelder særlig ved innsettelse og i den første tiden av soningen. I denne forbindelse bes det særskilt redegjort for hvilke rutiner som følges i forhold til innsatte som sitter isolert og i forhold til unge innsatte.

Det bes videre om en redegjørelse for eventuelle tiltak kriminalomsorgen har iverksatt i forhold til kompetansebygging hos tjenestemennene som gjennom sin daglige kontakt med de innsatte kan være nærmest til å oppdage behov for psykiatrisk behandling.»

Med henvisning til retningslinjene til straffegjennomføringsloven og forskrift til straffegjennomføringsloven, fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 pkt. 3.29 der det fremgår at lokalt nivå uten opphold skal innberette episoder med alvorlig selvbeskadigelse, selvdrap eller selvdrapforsøk til KSF via vedkommende region, ble KSF bedt om å oversende en oversikt over antall rapporterte alvorlige selvbeskadigelser, selvdrap og selvdrapforsøk i norske fengsler for den perioden retningslinjene hadde vært virksomme. Det ble også bedt om kopier av de rapporter som omhandlet selvdrap.

I brevet ble det videre vist til at KSF i et brev 27. januar 2003 til advokat Thomas Randby, som ombudsmannen hadde mottatt kopi av, hadde opplyst at den ville vurdere om det var grunnlag for en fornyet gjennomgang av rutinene for oppfølging av innsatte med alvorlige psykiske problemer. KSF ble bedt om å redegjøre for hvilke rutiner som var omfattet av gjennomgangen, og hvilket resultat gjennomgangen hadde gitt.

I brev 1. februar 2006 svarte KSF at kriminalomsorgen står overfor store utfordringer når det gjelder innsatte med psykiske problemer og oppfølgingen av disse. KSF viste til at de innsatte som står i fare for å skade seg selv, eller i verste tilfelle avslutte sitt eget liv, var en særlig utsatt gruppe i denne sammenheng.

KSF fremholdt at det må være helsemyndighetene som er ansvarlige for, og har kompetanse til, å gi innsatte medisinskfaglige diagnoser og nødvendig behandling. Samtidig påpekte KSF at kriminalomsorgen var klar over den avgjørende betydning det har for et vellykket helsetilbud til de innsatte at det er sikret en tett dialog og samarbeid mellom helsemyndighetene og Kriminalomsorgen.

Kriminalomsorgen redegjorde deretter for sin forståelse av det gjeldende regelverket:

«Forskrift til straffegjennomføringsloven § 3-16 fastslår at fengselstilsatte skal formidle kontakt mellom innsatte og helsetjenesten hvis den innsatte selv ber om det. Av like stor betydning er det imidlertid at bestemmelsen går videre og understreker at tilsatte også av eget tiltak skal formidle kontakt med helsetjenesten hvis det er noe som tyder på at den innsatte er syk.

Dette stiller nødvendigvis store krav til de tilsattes kompetanse og til deres samarbeid med helsepersonell. Av punkt 3.25 i retningslinjene til straffegjennomføringsloven fremgår det uttrykkelig at leder av fengsel har som oppgave å tilrettelegge for at helsemyndighetene kan yte sine tjenester på en hensiktsmessig måte for de innsatte.

Fengselet pålegges også en aktiv plikt ved at det understrekes at dersom det er behov for helsetjenester på et tidspunkt de ansvarlige for fengselets helsetjenester ikke er tilgjengelige, så skal innsatte bringes til lege/sykehus utenfor fengselet eller legehjelp rekvireres.

I forhold til selvbeskadigelse og selvdrap inneholder punkt 3.29 i retningslinjene til straffe-

gjennomføringsloven rutiner for varsling og rapportering. Det fremgår her at det ved selvbeskadigelse eller selvmordsforsøk straks skal sørges for at innsatte kommer under legebehandling dersom dette er nødvendig. Videre skal det bringes på det rene hvordan selvbeskadigelsen eller selvmordsforsøket har gått for seg. Endelig fremkommer det at man i samråd med legen skal treffe de nødvendige tiltak for å hindre at den innsatte igjen foretar lignende handlinger.

Av retningslinjene fremkommer det også at tilfeller av alvorlig selvbeskadigelse, selvmord eller selvmordsforsøk skal innberettes uten opphold til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning via vedkommende region. Innberetningen skal inneholde nærmere opplysninger om den innsattes bakgrunn og hans sinnstilstand forut for hendelsen, samt legens uttalelse i sakens anledning.»

KSF opplyste at det på grunn av at de ulike fengslene har varierende størrelse og tilbud til de innsatte, er en særlig utfordring å sørge for at domfelte med spesielle behov for helsetjenester gis mulighet til å gjennomføre straff i enheter der helsetilbudet er omfattende og variert. Det skal, ifølge KSF, derfor allerede ved soningsinnkalling tas sikte på at domfelte med spesielle behov blir innkalt til enheter der det er muligheter for god oppfølging.

KSF tok deretter for seg rutinene rundt oppfølgingen av innsatte og samarbeidet med helsetjenesten:

«Det videre regelverket og rutinene rundt oppfølging og samarbeid med helsetjenesten, er ikke detaljregulert. Dette har sammenheng med at det er vanskelig å gi et konkret svar på hvordan man skal gå frem for å fange opp de innsattes helseproblemer og identifisere hvem som har behov for psykisk helsehjelp. Hverdagen og rutinene i fengslene består imidlertid av en rekke konkrete tiltak som kan bidra til å fange opp signaler om at det foreligger et behov for helsehjelp hos den enkelte.

Det er en forutsetning at det enkelte fengsel organiserer sine interne rutiner slik at informasjon om det tilbudet de har til den enkelte innsatt, er lett tilgjengelig for vedkommende. De innsatte skal oppleve å få gode svar på sine henvendelser om tilbudet fengselet har, og de fengselsansatte skal av eget tiltak formidle informasjon til de innsatte.

Aktivisering av innsatte, både i arbeid og på fritiden, bidrar til å forebygge helseskader i fengselet. Kriminalomsorgen har derfor også gitt høy prioritet til arbeidet med å sørge for aktivisering av de innsatte.

For å fange opp signaler knyttet til innsattes helseproblemer og dermed kunne forebygge tilfeller av selvbeskadigelse og lignende, er det et viktig arbeid som gjøres av de fengselsansatte i deres daglige kontakt og dialog med de innsatte. Kontaktbetjenter, avdelingsbetjenter, sosialkonsulenter, tilsatte ved verksteder/skole og lignende, gjennomfører samtaler med innsatte og observerer de innsatte i miljøet. Gjennom slike observasjoner og samtaler får man inntrykk av hvordan vedkommende fungerer, og herunder kan man fange opp ulike signaler som kan tyde på at vedkommende eksempelvis virker psykisk sliten. Hvis det fanges opp slike signaler og be-

hov hos den enkelte, forutsettes det at den fengselsansatte formidler disse bekymringene videre til kvalifisert helsepersonell.

Også etter at helsepersonell er koblet inn i en sak, er det viktig å understreke at det fortsatt samarbeides tett med de fengselsansatte. Eksempelvis kan det forekomme situasjoner der man kan forebygge videre forverring av de innsattes helsetilstand ved å tilrettelegge soningsformen til vedkommende i tråd med anbefalinger fra helsepersonell.

Også ved mer alvorlige situasjoner er det et samspill mellom helsetjeneste og fengselspersonell. Eksempelvis er det ved bruk av tvangsmidler i fengsel, flere steder i regelverket stilt krav om at den domfelte får tilsyn av lege. Det vises for eksempel til strgf. § 37 og 38.»

KSF opplyste at det gjelder særlige rutiner i forhold til spesielt utsatte grupper eller på spesielle tidspunkt av fengselsoppholdet. Viktigheten av at kriminalomsorgen allerede ved innsettelsen i fengsel informerer den innsatte om det helsetilbud som finnes, og at helsepersonellet blir informert om eventuelle legeerklæringer/medisiner den enkelte måtte ha med seg, ble understreket.

I forhold til innsatte under 18 år viste KSF til forskriften til lov om straffegjennomføring 22. februar 2002 nr. 183 § 3-16 første ledd tredje punktum, som slår fast at ansatte snarest mulig etter innsettelsen skal formidle kontakt mellom innsatte og helsetjenesten. KSF opplyste at det utover dette, ikke foreligger spesielle rutiner for hvilken helsemessig oppfølging disse innsatte skal få, men at også dette området påvirkes av den generelle målsetting om å gi unge innsatte ekstra tett oppfølging i fengsel. Det ble opplyst at kriminalomsorgen forberedte en egen stortingsmelding om barn og unge i fengsel og at denne ville fremlegges i løpet av våren 2006.

KSF understreket at helse- og isolasjonsproblematikk er beslektet med hverandre, og at KSF derfor er svært opptatt av å iverksette aktiviseringstiltak og lignende overfor innsatte som er mye isolert. KSF viste i denne forbindelse til at tre av fire innsatte som begår selvdrap, sitter i varetekt, og at det omfanget av isolasjon som et varetektsopphold ofte innebærer, også har vært kritisert av flere forskere. I forhold til varetektsinnsatte under isolasjon og andre innsatte som er utelukket fra fritidsfellesskap, viste KSF til at straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 37, jf. § 52 stiller krav om at den isolerte må sikres oppfølging av helsepersonell og et hyppig tilsyn fra de fengselsansatte. Det ble videre vist til at det i retningslinjene pkt. 4.1 er gitt egne regler og retningslinjer for å avhjelpe skadevirkninger av isolasjon under varetekt.

KSF viste også til at det innen kriminalomsorgen har blitt jobbet systematisk med selvdropsproblematikken siden 1980-tallet og at mye forskning er gjort på området. Fra KSFs redegjørelse siteres:

«Det blir utgitt en ny ajourført rapport om selvmordsproblematikk og overdose i fengslene i lø-

pet av 2006. Denne tar for seg selvmord i norske fengsler fra 1990 til og med 2005. Rapporten vil studere eventuelle endringer i selvmordsmønstrer sammenliknet med tidligere, og den vil også studere eventuelle svakheter i rutinene, behandlings- og kommunikasjonsformene. I tillegg vil rapporten inneholde forslag til nye rutiner for innrapportering av selvmord og selvdropsforsøk.

Det er foretatt mange undersøkelser om fangenes levekår, sosiale, eksistensielle og psykiske lidelser. Den samlede kunnskapen er viktig for det generelle forebyggingsarbeidet som drives. I tillegg foretas det årlige registreringer på norsk, nordisk og internasjonal basis i regi av kriminalomsorgen i de ulike landene.

Forskningen viser at selvmordsproblematikken i fengsel er svært kompleks og den kan derfor ikke reduseres bare til å være et helsemessig problem. Følgelig må man skape et innhold og en form i soningsforløpet som er tilpasset den enkeltes behov og situasjon. For eksempel gir den etablerte kontaktbetjentordningen et godt grunnlag for et bedre samvirkeforhold mellom ansatte og innsatte.

I 1998 ble det i regi av svensk og norsk kriminalomsorg utgitt en håndbok om forebygging av selvmord til bruk i undervisningen av betjenter og andre ansatte i kriminalomsorgen. Det var en tverrfaglig gruppe som utarbeidet opplegget - blant annet besto gruppen av to psykiatere med lang behandlingspraksis fra svenske fengsler.

Håndboken tar opp hvordan man skal forholde seg til mennesker som utgjør en særlig fare for å kunne begå selvmord. Det ble også utarbeidet en manual som gir innspill til hvordan man skal sikre kommunikasjon og informasjon mellom ulike involverte. Håndboken brukes direkte i undervisningen ved fengselsskolen, og hver aspirant får den utdelt som en del av nødvendig fagmaterieell.»

KSF fremhevet at de ansatte i kriminalomsorgen gjennom sin utdanning gis opplæring i et bredt spekter av emner, herunder blant annet kriminologi, miljøarbeid, etikk, psykiatri og psykologiske emner. Det ble vist til at det undervises om selvdrap, selvdropsfare og selvskader.

KSF opplyste at den er av den oppfatning at undervisningen bidrar til å gi de fengselsansatte grundige kunnskaper om hvordan de skal forholde seg til mennesker som er i en vanskelig livssituasjon og gjøre dem bedre i stand til å se signalene og følge opp innsatte som er i faresonen. KSF fremhevet videre viktigheten av at fengselsbetjenter besitter kunnskaper om isolasjonsskader, kriser og kriseforløp, samt evner å kjenne igjen mulige signaler om psykiske lidelser og selvskadende handlinger.

KSF opplyste også at det var et stadig økende fokus på viktigheten av å sikre god kommunikasjon mellom de fengselsansatte og de innsatte.

Til spørsmålet om de nevnte rutiner og tiltak var tilstrekkelige, skrev KSF:

«KSF synes det er vanskelig å gi noen vurdering av om ovennevnte rutiner og tiltak anses som tilstrekkelig virksomme i forhold til å forebygge tilfeller av selvbeskadigelse og selvdrap i fengslene. På den ene siden viser forskning at dersom



man ikke hadde arbeidet såpass målrettet med disse temaene, så ville antallet selvdrap i norske fengsler vært høyere. Forskning støtter altså opp om at de fengselsansatte gjennom sitt daglige arbeid og dialog med de innsatte, faktisk forebygger selvbeskadigelse.

På den annen side kan man ikke nødvendigvis dermed slå seg til ro med de rutineene man har, og konkludere med at disse er tilstrekkelige. All erfaring tilsier at vi vil få nye alvorlige selvbeskadigelsesforsøk i fengslene, og det er uansett slik at ett dødsfall er ett for mye. KSF er derfor selvfølgelig åpne for at Sivilombudsmannen (og andre) har forslag til nye tiltak eller rutiner som kan bidra til å forebygge selvbeskadigelse i fengslene.

Det er også viktig å understreke at det er derfor man har en gjennomgang av rutineene etter hvert tilfelle av selvdrap eller alvorlig selvbeskadigelse som blir foretatt i fengsel. Det blir da vurdert om retningslinjer og rutiner er brutt, og om rutineene eventuelt har vært for dårlige.»

Vedlagt KSFs redegjørelse fulgte en oversikt over antall rapporterte selvdrap i norske fengsler fra 1999 og frem til 2005. Mitt kontor mottok også kopier av alle rapportene om selvdrap for årene 2003 og 2004. KSF opplyste at det ble arbeidet med å innhente en oversikt over antall selvdrapforsøk/alvorlige selvbeskadigelser for de siste årene og at rapportene om selvdrap i 2005 var under systematisering. Det ble opplyst at dette materialet ville bli ettersendt så snart det forelå.

I brev herfra 18. august 2006 ble KSF bedt om å oversende det ovennevnte materialet så snart som mulig. KSF ble samtidig bedt om å oversende et eksempel på hva slags informasjon som registreres om de innsatte i Kriminalomsorgens elektroniske registreringssystem «KOMPIS».

I brev 31. august 2006 oversendte KSF det etter spurte materialet. KSF beklaget samtidig at det hadde tatt noe tid å ferdigstille systematiseringen av rapportene over selvdrap i 2005. I tillegg oversendte KSF en utskrift fra KOMPIS som anga samtlige registrerte journalhendelser som omhandlet selvskadetilfeller/selvdrapforsøk i perioden fra 1. januar 2000 til 31. desember 2005. KSF bemerket at den aktuelle utskriften dessverre ikke ga en helt fullstendig oversikt over alle tilfellene av selvbeskadigelse for dette tidsrommet. Fra KSFs brev siteres:

«Dette skyldes både mangelfulle rapporteringsrutiner, samt at det knytter seg en del usikkerhet til definisjonen av hva som er en selvbeskadigelse. For eksempel kan det være slik at det er noen hendelser som er medtatt i den aktuelle rapporten som er av en slik bagatellmessig art at det ikke er naturlig å inkludere disse som en selvbeskadigelse. Dette kan typisk være situasjoner hvor det ikke er behov for legetilsyn eller annen form for oppfølging av den aktuelle innsatte.

På den annen side kan det være enkeltepiso-der som ikke har blitt registrert og rapportert selv om de ut fra sin alvorlighetsgrad burde vært det. Det jobbes aktivt innen kriminalomsorgen med å forbedre disse rutineene slik at et fullgodt tall kan opplyses.»

KSF opplyste at det ikke eksisterte noen oversikt over hvilke opplysninger det generelt er mulig å registrere i datasystemet KOMPIS, men oversendte en anonymisert utskrift av en fangejournal og deler av en hendelsesjournal som eksempler på hva slags informasjon som registreres elektronisk.

### 1. Innledning

Mange fengselsinnsatte sliter med psykiske problemer av ulik karakter og alvorlighetsgrad. Både kriminalomsorgen og helsemyndighetene må sette i verk tiltak som kan redusere problemene så langt det er mulig, og møte den enkelte innsatte med slik hjelp og behandling som gjør ham eller henne i stand til å mestre sin egen situasjon. De innsatte utgjør også en risikogruppe i forhold til selvbeskadigelse og selvdrap. Selv om det kan være vanskelig å klarlegge årsaksforholdene i det enkelte tilfellet, er det ingen tvil om at frihetsberøvelsen og de vilkårene den innsatte blir undergitt, generelt påvirker de innsattes helse så vel som risikoen for selvbeskadigende handlinger.

Kriminalomsorgen har hovedansvaret for de innsatte. Det er viktig at kriminalomsorgen i samarbeid med andre myndigheter, og da særlig helsemyndighetene og politiet, er seg sitt ansvar bevisst også i forhold til den risikoen som foreligger for at de innsatte begår selvbeskadigelse og selvdrap. Det omfattende utdannings- og forskningsarbeidet som er gjort og som gjøres på området, og som KSF har vist til i sine redegjørelser hit, viser at myndighetene er oppmerksomme på problemene. Den nye rapporten om selvdrapspromatikk og overdoser i fengslene som var antatt å foreligge i løpet av 2006, har ifølge Kriminalomsorgens utdanningssenter (KRUS) blitt noe forsinket, men kan ventes å foreligge i løpet av inneværende år. Det er opplyst at rapporten blant annet vil ta for seg selvdrap i norske fengsler i de senere årene, eventuelle endringer i selvdrapsmønsteret og svakheter i de eksisterende rutineene, behandlings- og kommunikasjonsformene. I tillegg har KSF opplyst at rapporten skal inneholde forslag til nye rutiner for innrapportering av selvdrap og forsøk på dette. Jeg avslutter undersøkelsen herfra, selv om rapporten ennå ikke foreligger, men understreker at myndighetene må omsette i aktiv handling de resultatene som fremkommer i den pågående forskningen, slik at det kan gi seg utslag i adekvate tiltak innen kriminalomsorgen.

### 2. Rettslige utgangspunkter

Kriminalomsorgens ansvar for personer som skal utholde fengselsstraff, inntreer fra innsettelsen. Det påhviler således fengselsmyndighetene å vurdere hvordan straffen hensiktsmessig skal gjennomføres, den innsattes soningsdyktighet og eventuelle behov for helsetjenester etter dette tidspunkt, jf. straffegjennomføringsloven §§ 11 flg. og retningslinjene til loven, fastsatt av KSF 16. mai 2002, senere revidert 31. mai 2006. Fengselsmyndighetene har også et an-

svar for personer som er innsatt på annet grunnlag enn straffedom, jf. lovens §§ 46 flg.

Internasjonale rettskilder understreker også myndighetenes ansvar for de fengsledes helsetilstand, herunder ansvaret for deres psykiske helse og for å forebygge selvdrap og forsøk på selvdrap.

I en dom 3. april 2001 i saken Keenan v. United Kingdom (EMD-1995-27229) konstaterte Den europeiske menneskerettsdomstol brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3 i forbindelse med et selvdrap begått av en innsatt i et britisk fengsel. I sin begrunnelse la domstolen blant annet vekt på at mangelfull journalføring og manglende oppfølging fra kvalifisert psykiatrisk helsepersonell ikke var forenlig med de krav som må stilles til behandlingen av innsatte med psykiske lidelser. Domstolen fant også at det både i forhold til avdøde og til dennes etterlatte, forelå brudd på kravet om en effektiv prøvningsrett i henhold til konvensjonens artikkel 13.

Europarådets torturforebyggelseskomité (the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) har i sine standarder understreket myndighetenes ansvar for å forebygge selvdrap i fengslene. Komiteen peker i denne forbindelse på viktigheten av tidlig klarlegging av den innsattes tilstand, god opplæring av ansatte og tilstrekkelig informasjonsflyt, jf. The CPT standards, 1. revisjon 2006, s. 35.

I European Prison Rules vedtatt av Europarådets ministerkomité 11. januar 2006 pkt. 47.2 er også ansvaret understreket:

«The prison medical service shall provide for the psychiatric treatment of all prisoners who are in need of such treatment and pay special attention to suicide prevention.»

I sine kommentarer til bestemmelsen skriver Ministerkomiteen blant annet:

«Steps should be taken to identify those prisoners who might be at risk of self-harm or suicide. Staff should be properly trained in recognising the indicators of potential self-harm. Where prisoners are diagnosed as mentally ill they should not be held in prison but should be transferred to a suitably equipped psychiatric facility.»

I likhet med den øvrige befolkningen, har innsatte i norske fengsler rett til nødvendig helsehjelp både fra kommune- og spesialisthelsetjenesten, jf. pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 2-1 første og annet ledd, jf. § 1-2 første ledd. Som KSF har understreket i redegjørelsene hit, er det helsemyndighetene som er ansvarlige for, og har faglig kompetanse til, å stille medisinsk diagnose og gi nødvendig behandling. På grunn av den spesielle situasjonen de fengselsinnsatte befinner seg i, med ulike grader av begrensninger i sin bevegelses- og kommunikasjonsfrihet, og fordi det er de tilsatte i fengslene som har den løpende kontakten med fangene, er det imid-

lertid helt avgjørende med en tett dialog og et godt fungerende samarbeid mellom helsemyndighetene og kriminalomsorgen for at de innsatte skal sikres et tilfredsstillende helsetilbud. Kriminalomsorgen, som har ansvaret for de innsatte, må selv organisere sin virksomhet slik at den bistand helsevesenet generelt - og psykiatrien spesielt - gir, blir omsatt i praktisk handling og slik at nødvendige tiltak kan bli gjennomført på en adekvat måte.

### 3. Ombudsmannens påpekninger

3.1 Det å bli fengslet, enten etter straffedom eller varetektsskjennelse, vil for mange innebære en stor belastning både sosialt, psykisk og fysisk. Denne belastningen må antas å bli forsterket i de tilfellene der den innsatte må utholde isolasjon, og gjør seg kanskje særlig gjeldende i den første tiden etter innsettelsen. Også andre hendelser i fengslingsperioden, som domsavsigelsen og overføringer mellom ulike anstalter vil kunne være vanskelige for den enkelte. Noen opplever dessuten utrygghet i tilknytning til løslatelsen og forberedelsen til denne.

Mange innsatte vil allerede før innsettelsen ha dårlig fysisk og psykisk helse, ofte også i kombinasjon med rusproblemer. Det vises blant annet til rapporten fra levekårsundersøkelsen Forskningsstiftelsen Fafo gjennomførte på oppdrag fra Sosial- og helsedirektoratet i perioden november 2002 til februar 2004 (Fafo-rapport 429). De belastningene fengslingen innebærer, vil for en del av de innsatte forsterke allerede tilstedeværende problemer. For enkelte andre vil derimot fengslingen kunne innebære en viss forbedring av livssituasjonen, ved at de opplever å få beskyttelse mot «verden utenfor» med alvorlig stoffmisbruk, stigmatisering m.v.

3.2 Det er særlig grunn til å peke på at den eksisterende mangelen på soningsplasser med dertil høy kapasitetsutnyttelse i fengslene, innebærer en særlig utfordring for kriminalomsorgen i forhold til oppfølging av den enkelte innsattes individuelle sosiale og helsemessige behov.

Under enkelte av mine besøk til ulike fengsler er det for eksempel nevnt at oppnevning av kontaktbetjent og eventuelle bytter av kontaktbetjent i noen av anstaltene kan ta lang tid. Dette er uheldig fordi kontaktbetjentene er gitt enkelte nøkkeloppgaver i forhold til oppfølgingen av de innsatte. Det er viktig at den innsattes problemer, behov og ressurser blir kartlagt snarest mulig etter innsettelsen, og her spiller kontaktbetjenten en viktig rolle.

Den høye kapasitetsutnyttelsen innebærer også et særlig press på helsetjenestene i fengslene. I CPTs rapport etter komiteens seneste besøk til Norge 3. til 10. oktober 2005 anbefalte komiteen blant annet at det umiddelbart ble tatt skritt for å sikre at nyinnsattes helsetilstand så snart som mulig kartlegges etter innsettelse. Det ble også anbefalt en styrking av den psykiatriske helsetjenesten i flere av de fengslene komiteen besøkte.

3.3 I undersøkelsen herfra har det særlig vært fokusert på helsetilbudet til innsatte med psykiske problemer, og på hvilke rutiner som følges for å forebygge alvorlig selvbeskadigelse og selvdrap blant innsatte.

Det er viktig at både fengsels- og helsemyndighetene har gode rutiner for å sikre nødvendig helsehjelp, og at disse rutinene overholdes. I lov om statlig tilsyn med helsetjenesten 30. mars 1984 nr. 15 § 2 er det bestemt at Helsetilsynet i fylket skal føre tilsyn med alt helsevesen og helsepersonell i fylket, herunder fengselshelsetjenesten. I tilknytning til tilsynet skal Helsetilsynet gi råd, veiledning og opplysninger som medvirker til at befolkningens behov for helsetjenester blir dekket. Helsetilsynet i fylket skal også påse at alle som yter helsetjenester har etablert et internkontrollsystem og fører kontroll med sin egen virksomhet på en slik måte at det kan forebygges svikt i helsetjenesten, jf. lovens § 3. Jeg er kjent med Statens helsetilsyns rapport om fylkeslegenes tilsyn med helsetjenesten i fengsler 2001 (Rapport fra helsetilsynet 4/2002). Det gir grunn til bekymring at det der ble påpekt omfattende mangler ved internkontrollen i fengslenes helsetjenester. Under pkt. 6, «avvikshåndtering» heter det således i rapporten:

«Ved hele 30 av de 34 reviderte helsetjenestene er det ikke etablert et tilfredsstillende avvikshåndteringssystem. 21 virksomheter mangler helt et slikt system. Ved seks fengsler har man laget et system, men dette er ikke implementert.»

Selv om tjenestetilbudet i spesialisthelsetjenesten ikke ble revidert i forbindelse med det ovennevnte tilsynet, ble det også påpekt at det fra flere av fylkeslegene var kommet signaler om at det enkelte steder er problemer med å skaffe nødvendig helsehjelp til innsatte som har behov for psykiatrisk spesialisthelsetjeneste (rapportens pkt. 1 spalte 3). Jeg må ta det forbehold at rapporten er noen år gammel, og at jeg ikke har nærmere opplysninger om hvordan den er blitt fulgt opp. Situasjonen kan derfor ha endret seg noe frem til i dag. Rapporten fra et tilsyn som Helsetilsynet i Buskerud gjennomførte i Ringerike fengsel februar 2005, ga imidlertid et lignende inntrykk.

I oppsummeringen fra dette tilsynet heter det blant annet:

«Av dokumenter som ble fremlagt under tilsynsbesøket forelå for øvrig eksempler på at spesialisthelsetjenesten selv mente at enkelte innsatte, grunnet manglende kapasitet, ikke kunne gis den spesialisthelsetjenesteoppfølgingen de hadde behov for.»

Også i en nylig fremlagt rapport fra et tilsynsbesøk Helsetilsynet i Oslo og Akershus gjennomførte ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 19. og 20. mars 2007, ble det påpekt mangler. Det ble blant annet konkludert med at det eksisterende kvalitets-

og internkontrollsystemet ikke i tilstrekkelig grad sikret at fengselsinnsatte får forsvarlig helsehjelp, og at legemiddelhåndteringen ikke var i samsvar med gjeldende myndighetskrav.

Kapasitetsproblemer i spesialisthelsetjenesten har vært et tema ved flere av mine besøk til ulike fengsler i de senere årene. Det har også blitt nevnt at påbegynte behandlingsopplegg for innsatte med store psykiske problemer i en del tilfeller synes å bli avsluttet for tidlig, for eksempel ved at innsatte som fortsatt har behov for behandling, blir tilbakeført fra sykehus til fengselet.

Beslutningen om medisinsk behandling for den enkelte treffes av helsetjenesten etter en faglig vurdering, og ikke av fengselsmyndighetene. Fengslene har likevel et ansvar for alle innsatte, også helsemessig. Slik fengselstjenesten er bygget opp, forutsetter den et utstrakt samarbeid mellom helsepersonalet og de øvrige tjenestemennene i fengselet. Initiativet til behandling av innsatte med psykiske problemer vil naturlig nok ofte måtte komme fra kontaktbetjenten eller andre som har det daglige tilsynet med den innsatte. Disse vil kunne sitte med informasjon som det er helt nødvendig for helsepersonalet å ha for å kunne gi den innsatte optimal behandling. Fengselet må med andre ord være organisert slik at det raskt avdekkes når det er påkrevd med «nødvendig helsehjelp». En viktig oppgave må være å sørge for å formidle tjenestemennenes vurdering av den innsattes tilstand til ansvarlig helsepersonell.

Et forhold som det kanskje ikke alltid er blitt fokusert på, er behovet for å opplyse de som har ansvar for behandling og utskriving ved sykehusene om hvordan forholdene i fengselet er, og i særlig grad hvilket regime man kan tilby den enkelte pasient/innsatte. Det er viktig at den som skal ta avgjørelsen om for eksempel tilbakeføring av en pasient til fengsel, har et realistisk bilde av hva en tilbakeføring til fengsel i praksis vil måtte innebære, og herunder de mer begrensede mulighetene for behandling som finnes i fengsler sammenlignet med sykehus. Dette gjelder selv om beslutningen måtte bli fattet på et «medisinsk grunnlag».

3.4 Også kommunikasjonen mellom kriminalomsorgen og politiet er av avgjørende betydning for å kartlegge den innsattes behov. De innsatte er som nevnt ovenfor, i en særlig utsatt situasjon ved innsettelsen og i den første tiden etterpå. Dette er også en periode da fengselet ofte har liten egen erfaring med den enkelte innsattes helsemessige situasjon. Politiet vil derimot kunne ha ervervet slik kunnskap gjennom sin kontakt med innsatte forut for fengslingen.

Dersom en varetektsinnsatt i henhold til rettens kjennelse blir underlagt delvis eller fullstendig isolasjon med de belastningene dette må antas å innebære, er det spesielt viktig at politiets eventuelle kunnskap om vedkommendes helsemessige situasjon formidles raskt og rutinemessig til kriminalomsorgen. Tilsvarende er det viktig at kriminalomsorgen gir politi- og påtalemyndighet beskjed dersom det er

forhold som tyder på at den innsatte ikke tåler det regimet som retten har gitt bemyndigelse til. Ansvarsfordelingen mellom domstol (som gir bemyndigelsen), påtalemyndigheten (som benytter den), og fengselet som til daglig har tilsynet med den innsatte, må ikke føre til at ansvaret «pulveriseres», slik at ingen føler forpliktelsen til å ivareta den innsattes helse.

Den innsattes forsvarer har en sentral funksjon i den offentlige strafferettspleien. Fengselets informasjonsplikt inkluderer derfor også forsvareren, som eventuelt kan fremme begjæring om lempninger i innsettelsesvilkårene.

3.5 Ved overføringer mellom ulike fengsler for innsatte som er idømt en fengselsstraff på til og med ti år, og der den innsatte selv har søkt overføring, treffes overføringsvedtaket av leder av fengselet som skal *motta* den innsatte, jf. straffegjennomføringsloven § 6 og retningslinjenes pkt. 2.2. Der det er idømt fengselsstraff over ti år, treffes vedtaket av den region der mottakende anstalt ligger.

Den anstalten der innsatte befinner seg, må gi mottakende anstalt nødvendig informasjon om den innsattes situasjon og behov. Selv om slik informasjon måtte finnes i fangejournal eller materiale som tilflyter mottakende anstalt, kan det være nødvendig å gjøre tjenestemennene der - og selvfølgelig fengselshelsetjenesten - uttrykkelig oppmerksomme på problemer den enkelte innsatte måtte ha. Det gjelder særlig dersom den innsatte vurderes som suicidal. Det kan være grunn til å vurdere rutiner som sikrer at slik informasjon blir gitt, dersom slike rutiner ikke alt finnes.

3.6 Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har fremhevet betydningen av at de tilsatte i fengslene besitter bred kunnskap om hvordan de skal forholde seg til mennesker som er i en vanskelig livssituasjon, slik at de i sin daglige kontakt med de innsatte er i stand til å fange opp faresignaler og følge opp disse på en adekvat måte. Den redegjørelsen som er mottatt, tyder på at det i fengselsutdanningen er et sterkt fokus på problemstillingene og at det gjøres et betydelig arbeid for å øke kompetansen hos de tilsatte. Jeg har likevel merket meg at fengselstilsatte i enkelte av de rapportene som er mottatt, etterlyser en bedre opplæring i håndtering av selvdrapssituasjoner.

3.7 Jeg har fra KSF mottatt tallmateriale som viser antall rapporterte selvdrap i norske fengsler i perioden fra 1999 og frem til desember 2005 samt kopier av rapporter fra selvdrap ved norske fengsler fra 2003 til og med 2005. Tallmaterialet og rapportene er gjennomgått her. Rapportene gir et generelt inntrykk av at kriminalomsorgens rutiner ved selvdrap i fengsler i det vesentlige blir fulgt, og at det i etterkant av slike hendelser foretas en evaluering og oppfølging ved den enkelte anstalt.

Det mottatte materialet bekrefter at særlig den første tiden i varetekt og etter dom er en vanskelig periode, og at det også senere under soningen kan pekes på risikofaktorer og perioder som gjør den

innsatte særlig sårbar. Overgangen fra et liv i et lukket fengsel til en mer fri tilværelse i en åpen anstalt kan paradoksalt nok være det som skal til for at en innsatt realiserer eventuelle selvdropsplaner, slik tilfellet synes å være i den saken som dannet opptakten til undersøkelsen her. Det vil neppe være mulig - og heller ikke behov for - å gi alle innsatte særskilt oppfølging i slike perioder. Målet må være å kanalisere ressursene på de innsatte som virkelig trenger det, og da nettopp med sikte på de periodene da de erfaringsmessig er mest utsatt.

Naturlig nok vil selvdrap og selvdropsforsøk normalt skje i situasjoner der den innsatte er alene, noe som også fremgår av de mottatte rapportene. Den innsattes rett til privatliv er en grunnleggende menneskerettighet som selvfølgelig må respekteres. Samtidig vil det i enkelte kritiske situasjoner kunne være avgjørende at kriminalomsorgen gir den innsatte særskilt oppfølging. Denne oppfølgingen kan innebære at den innsatte ikke overlates til seg selv. Et eksempel på at slik oppfølging ikke er gitt, synes å være selvdrapet i Gjøvik fengsel 7. november 2003, der den innsatte tok livet sitt umiddelbart etter å ha fått vite at retten hadde forlenget varetektsfengslingen. Jeg har også festet meg ved dødsfallet i Bergen fengsel 5. august 2003. Den innsatte hadde der sittet på dublert celle, og tok livet sitt etter at den andre innsatte var blitt overført til en annen avdeling. Det er viktig å understreke at jeg ikke har undersøkt disse sakene særskilt, og at jeg derfor ikke har grunnlag for å si noe om fengselspersonalet kunne klandres eller ikke. Det vesentlige er at man tar lærdom av slike hendelser som dette og setter i verk forebyggende tiltak mot liknende situasjoner i fremtiden.

I forbindelse med oversendelsen av registrerte journalhendelser som omhandlet selvskadetilfeller/selvdrapsforsøk i perioden fra 2000 til og med 2005, opplyste KSF at den aktuelle utskriften ikke ga en helt fullstendig oversikt over alle tilfellene av selvbeskadigelse for dette tidsrommet. KSF oppga at dette delvis skyldtes mangelfulle rapporteringsrutiner, men også andre forhold som usikkerhet knyttet til definisjonen av hva som er en selvbeskadigelse. Jeg har merket meg KSFs opplysning om at det arbeides aktivt med å forbedre disse rutinene og forventer at mangler i disse rettes opp så snart som mulig. Det vises i denne forbindelse til at det i retningslinjene til straffegjennomføringsloven pkt. 3.29 er oppstilt et krav om at alvorlige selvbeskadigelser og selvdropsforsøk uten opphold skal rapporteres til KSF.

Sammenfatningsvis vil jeg understreke at det er KSF som har det overordnede og koordinerende ansvaret for kriminalomsorgen, og dermed i siste instans de innsatte. Helsevesenet har et særlig ansvar for de innsattes helse, men kriminalomsorgen må selv både ha kompetanse til og være organisert slik at helsetjenestene kommer de innsatte til gode på en tilfredsstillende måte.»

## 62.

**Overføring av forvaringsdømt tilbake til Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt mot den innsattes ønske**

(Sak 2006/1125)

*En forvaringsdømt innsatt klaget til ombudsmannen over kriminalomsorgens vedtak om å overføre ham fra et fengsel med høyt sikkerhetsnivå til særskilt tilrettelagt forvaringsavdeling ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt, i strid med hans eget ønske.*

*Ombudsmannen kom til at straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e ikke ga hjemmel for overføringen og ba kriminalomsorgen om å foreta en ny vurdering av saken.*

*KSF erkjente deretter at straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e ikke ga hjemmel for overføringsvedtaket. Det ble også opplyst at den innsatte var overført tilbake til X fengsel, med sikte på å få til en progresjon i retning av åpen avdeling med frigang.*

*Ombudsmannen tok KSFs svar til etterretning, og fant ikke grunn til ytterligere oppfølging av saken ut over å bemerke at det syntes passende med en beklagelse fra KSFs side overfor den innsatte.*

A er forvaringsdømt etter konvertering av tidligere sikringsdom. Han har tidligere vært innsatt ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt (Ila fengsel), men ble i juli 2002 overført til X fengsel.

Kriminalomsorgen region nordøst vedtok 31. oktober 2005 å overføre A tilbake til Ila fengsel. Vedtaket var hjemlet i straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 14 første ledd bokstav e, der det heter at overføring kan finne sted dersom «bygningmessige eller bemanningmessige forhold eller plassmangel gjør det nødvendig». Det ble også vist til straffegjennomføringsloven § 11 tredje ledd, som bestemmer at bl.a. forvaringsdømte «bør settes inn i avdeling tilrettelagt for dette etter § 10 annet ledd». Slike avdelinger for mannlige forvaringsdømte finnes i dag ved Ila fengsel.

Overføringsvedtaket ble opprettholdt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) 23. januar 2006. Etter en konkret helhetsvurdering fant KSF at As individuelle behov ikke lenger ble best ivaretatt ved fortsatt opphold i X fengsel. KSF viste blant annet til at hans «progresjon» syntes å ha stagnert og at det ville være viktig med et miljøskifte for å unngå en negativ utvikling. KSF pekte også på at A i den senere tid hadde fått avslag på flere permisjonssøknader, bl.a. som følge av at det ikke var funnet sikkerhetsmessig forsvarlig å innvilge permisjon. Videre viste KSF til at han hadde blitt overført til avdeling A ved fengselet som følge av at hans adferd til tider ble oppfattet som både ustabil og truende, samt at han ved flere anledninger hadde takket nei til å bli overført til en avdeling med større fellesskap fordi

han ikke ønsket å omgås andre innsatte. KSF pekte også på at tingretten hadde forlenget forvaringstiden med to år under henvisning til faren for ny, alvorlig kriminalitet. Det het videre at det for KSF var vanskelig å se at det ved X fengsel ville skje en slik utvikling i As soningsforhold at det ville være sikkerhetsmessig forsvarlig å gi ham permisjon. KSF uttalte også at A ved Ila fengsel ville kunne få en oppfølging tilpasset hans individuelle behov.

As advokat brakte saken inn for ombudsmannen og gjorde gjeldende at vedtaket var sterkt urimelig og derfor ugyldig. Han viste til at overføringen ikke tok hensyn til As behov, og at den ville bremse hans soningsprogresjon. I denne forbindelse ble det blant annet pekt på at A under soningen ved X fengsel hadde vært elev ved den videregående skolen tilknyttet fengselet og at han hadde fått meget gode karakterer. Det ble anført at skolegangen hadde gitt ham en meningsfull hverdag og mestringfølelse, og det ble pekt på at han hadde fått tett oppfølging fra skolens side. Tilsvarende skoletilbud og oppfølging ville han ifølge advokaten ikke kunne få ved Ila fengsel.

Videre ble det vist til As særskilte behov for oppfølging på grunn av sin ADHD-lidelse. Det ble anført at han ved overføring til Ila fengsel ikke ville kunne opprettholde relasjonen til sin psykolog, som han hadde gått til samtaler hos i flere år og opparbeidet et særlig tillitsforhold til. Ifølge advokaten ønsket A ved løslatelse å bosette seg i X og fortsette samtalene med sin psykolog. Advokaten pekte også på at et «nytt» fengsel trolig ville ha behov for tid til å gjøre seg kjent med A, før han eventuelt kunne gis permisjon, og at han med dette ville bli satt «ytterligere tilbake i soningen». Det ble også trukket frem at overføringen ville virke negativt fordi han under tidligere soning ved Ila fengsel skulle ha hatt store personlige konflikter med ansatte som fortsatt arbeider der. Avslutningsvis ble det opplyst at A både i 2003 og 2004 ble forsøkt overført til Ila fengsel, men at han begge ganger fikk medhold av KSF i sine klager på overføringsvedtakene. Det ble anført at forholdene som den gang talte mot overføring, fortsatt gjorde seg gjeldende.

A kom etter dette med flere tilleggskriv. Han imøtegikk bl.a. KSFs påstand om at hans individuelle behov ville bli best ivaretatt ved en overføring, og ga uttrykk for at KSF burde ha spesifisert hvilke behov som ville bli bedre ivaretatt ved Ila fengsel enn det som allerede var tilfellet i X.

Saken ble deretter tatt opp skriftlig med KSF, som ble bedt om å redegjøre for sin forståelse av straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e og hvilken adgang bestemmelsen anses å gi til å overføre forvaringsdømte innsatte til Ila fengsel fra andre anstalter. KSF ble også bedt om å redegjøre for de konkrete bygningmessige, bemanningmessige eller plassforhold ved X fengsel og/eller Ila fengsel som ga grunnlag for å benytte hjemmelen i det foreliggende tilfellet. Videre ble KSF bedt om å

redegjøre for sin vurdering av de individuelle forholdene som lå til grunn for overføringsvedtaket.

I svaret viste KSF innledningsvis til at hjemmelen i straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e må ses i sammenheng med bestemmelsene i straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 39c og straffegjennomføringsloven § 11 tredje ledd og § 10 annet ledd, hvor det forutsettes at soningen av forvaringsstraff som hovedregel skal påbegynnes i, og gjennomføres ved forvaringsanstalt under kriminalomsorgen. Slike anstalter/avdelinger skal være tilrettelagt for innsatte med de særlige behovene som forvaringsdømte antas å ha. I brevet het det videre:

«Straffegjennomføringsloven § 14, 1.ledd gir en uttømmende angivelse av hvilke grunnlag som kan brukes for å tvangsoverføre innsatte fra et fengsel til et annet. Bestemmelsen i bokstav e utdyper at slik tvangsoverføring kan finne sted når bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold eller plassmangel gjør det nødvendig.

KSF er av den oppfatning at hjemmelen i straffegjennomføringsloven § 14, 1. ledd bokstav e må ses i sammenheng med bestemmelsene ovenfor ved behandlingen av forvaringsdømte.

Hensyn til sammenheng tilsier at man kan vise til straffegjennomføringsloven § 14, 1. ledd bokstav e som støtte for å overføre forvaringsinnsatte til Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt fra andre fengsler. Det vises til at Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt ble bygningsmessig styrket/opprustet ved innføringen av forvaringsordningen. Videre ble bemanningen ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt, betydelig styrket nettopp for å kunne ivareta forvaringsdømte og de særskilte behov denne kategorien domfelte har. Bemanningen ved forvaringsavdelingene er da også tverrfaglig sammensatt i motsetning til ved vanlige fengselsavdelinger.

---

Dette betyr imidlertid ikke at det skal være behov for slike overføringer på en regelmessig basis, da hovedregelen etter straffeloven, straffegjennomføringsloven og forskrift om forvaring, er at forvaringen skal påbegynnes og gjennomføres i forvaringsanstalt. Av forskriften § 7 fremgår det imidlertid, som nevnt, at man unntaksvis kan akseptere at forvaringsdømte har opphold ved andre fengsler, så lenge det er grunn til å tro at den dømtes spesielle behov vil bli best ivaretatt slik. Det ligger imidlertid i forvaringsordningens oppbygging og sammenhengen i regelverket at når unntakskriteriene ikke lenger er oppfylt, så skal domfelte overføres til forvaringsavdeling.»

KSF ga deretter en redegjørelse for sin vurdering av klagerens individuelle forhold. Det ble bl.a. opplyst at det hadde blitt lagt vekt på at klageren etter KSFs oppfatning ville kunne ha godt av et miljøskifte for å unngå en utvikling i negativ retning. KSF hadde også vektlagt at Ila fengsel har høy kompetanse på forvaring og vil kunne tilrettelegge for en tilbakeføring til samfunnet som både tar hensyn til klagerens behov og samfunnets behov for beskyttelse. Videre redegjorde KSF for hvordan de hadde vurdert overflyttingens betydning for As medisinerer,

hans mulighet for videre skolegang og hans behandlingssamtaler med sin psykolog.

Etter at A hadde kommet med merknader ble saken på nytt forelagt KSF i brev herfra. Det ble bl.a. bedt om en utdyping av hvilke av klagerens konkrete individuelle behov som ville bli *bedre* ivaretatt ved Ila fengsel enn ved X fengsel. Det ble også bedt om å få opplyst hvilket faktisk grunnlag KSF bygget på da det ble lagt til grunn at klagerens soningsprogresjon hadde stoppet opp, og at utviklingen hadde gått «i negativ retning».

KSF ga en utfyllende redegjørelse i brev hit. Klageren kom deretter med ytterligere merknader og imøtegikk en rekke av KSFs vurderinger av hans individuelle behov og til dels det faktiske grunnlaget som lå til grunn for disse vurderingene.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Personer som er dømt til forvaring skal som utgangspunkt gjennomføre straffen i en avdeling som er tilrettelagt for dette etter straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 10 annet ledd. Dette følger forutsetningsvis av straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 39c og er uttrykkelig bestemt i straffegjennomføringsloven § 11 tredje ledd og forvaringsforskriften 5. mars 2004 nr. 481 § 6.

I forskriftens kapittel 3 er det gitt bestemmelser om overføring av forvaringsdømte fra særskilt tilrettelagt avdeling til annet fengsel eller institusjon. Det åpnes bl.a. for slik overføring dersom den domfelte samtykker «og det er grunn til å tro at hans spesielle behov vil bli best ivaretatt slik», jf. forskriftens § 7. Forvaringsforskriften var ikke gitt da klageren ble overført fra Ila fengsel til X fengsel, men tilsvarende betraktninger som i § 7 synes å ha ligget til grunn for overføringen.

Forvaringsforskriften har ikke særskilte bestemmelser om overføring av forvaringsdømte fra ordinært fengsel tilbake til anstalt/avdeling særskilt tilrettelagt for forvaring. Dette må derfor vurderes etter den generelle bestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 14 om overføring mellom gjennomføringsformer. Overføring i strid med den innsattes eget ønske reguleres av bestemmelsens første ledd, som lyder slik:

«Kriminalomsorgen kan overføre innsatte til et annet fengsel dersom

- a) det er sannsynlig at innsatte har begått eller vil begå en straffbar handling,
- b) det er grunn til å anta at innsatte vil unndra seg gjennomføringen,
- c) innsatte til tross for skriftlig advarsel har særlig negativ innflytelse på miljøet i fengslet,
- d) overføring er nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet i fengslet, eller
- e) bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold eller plassmangel gjør det nødvendig.»

Det følger av forarbeidene til loven at de alternative vilkårene er ment å utgjøre en uttømmende oppregning av hvilke situasjoner som kan begrunne en overføring, jf. Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 58 og 154. KSF har i brev hit gitt uttrykk for samme syn.

I sitt vedtak har KSF vist til straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e som hjemmel for overføringen av klageren fra X fengsel til Ila fengsel. Bestemmelsen gir adgang til overføring dersom «bygningmessige eller bemanningmessige forhold eller plassmangel» gjør det nødvendig. KSF har i svarene hit redegjort for den bygnings-, bemannings- og kompetansemessige styrkingen/opprustingen av Ila fengsel i forbindelse med innføringen av forvaringsordningen med sikte på å ivareta forvaringsdømtes særskilte behov. Videre er det pekt på en rekke forhold knyttet til klagerens soningsforløp og prognoser.

Etter en naturlig språklig forståelse kan begrepene «bygningmessige» og «bemanningmessige» forhold i og for seg sies å omfatte alle forhold som knytter seg til henholdsvis fengslenes bygningsstruktur eller bygningsmasse og til bemanningen, enten det er tale om antall ansatte eller deres kompetanse. Sammenhengen mellom disse to begrepene og det siste alternativet i bokstav e, «plassmangel», taler imidlertid for at en slik forståelse er for vid, og at bestemmelsen i første rekke er ment å skulle løse praktiske problemer i kriminalomsorgens daglige drift. Også forholdet til de øvrige alternativene i § 14, som uttrykkelig tar utgangspunkt i den innsattes forhold, taler for en slik forståelse. Uttalelser i forarbeidene til straffegjennomføringsloven trekker også i retning av at det i hovedsak er kriminalomsorgens praktiske utfordringer som omfattes av bestemmelsen. Det vises til Ot.prp. nr. 5 (2000 - 2001) side 154 hvor det heter:

«Bygningmessige forhold (reparasjonsarbeider, ombygging mv.) kan berette overføring. Det samme gjelder ved «akutt» personalmangel, eller når det er mangel på fengselsplasser for eksempel til varetekt.»

Det heter videre på side 58 at det er tale om «kriterier som dekker kriminalomsorgens eget behov for å bruke overføringer som styringsmiddel...».

I Innst. O. nr. 60 (2001-2002) s. 14 synes også Justiskomiteen å omtale dette som overføring på grunn av «praktiske årsaker». Komiteen gir for øvrig uttrykk for at det «bør føres en forsiktig praksis med tvangsoverføringer med en slik begrunnelse».

Formålsbetraktninger og sammenhengen i regelverket kan tale for at tilbakeføring av forvaringsdømte til Ila fengsel også bør kunne skje på grunnlag av en bredere vurdering av bemanningen og kompetansen ved institusjonene i lys av den forvaringsdømtes situasjon og behov. Både i lov og forskrift er det gitt klare føringer om at forvaringsstraff som hovedregel skal gjennomføres i avdeling som er særskilt tilrettelagt for det. Jeg er også innforstått med at

kriminalomsorgen synes å ha et klart behov for å kunne tilbakeføre forvaringsdømte til fengsel/avdeling som er særlig tilrettelagt for slike innsatte, dersom kriminalomsorgen skal kunne utføre sine oppgaver i tråd med lovens formål. I tilknytning til dette har jeg bl.a. merket meg KSFs opplysninger om at det først og fremst er de ansatte ved Ila fengsel som har den kompetansen som trengs for å foreta nødvendige farlighetsvurderinger m.v. med tanke på å legge til rette for at klageren i fremtiden skal kunne leve et lovlydig liv utenfor fengselet. Slike vurderinger vil spille en sentral rolle bl.a. i forhold til spørsmål om prøveløslatelse og overføring til mindre restriktive gjennomføringsformer m.v.

Det fremstår likevel som svært anstrengt i forhold til ordlyden i straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e å benytte denne bestemmelsen som hjemmelsgrunnlag for overføring i et tilfelle som det foreliggende. Ut fra de foreliggende rettskildene må bestemmelsen tolkes slik at den tar sikte på å gi hjemmel for overføring der bestemte forhold av praktisk art i kriminalomsorgen gjør seg gjeldende. En overføring som først og fremst er begrunnet i en vurdering av den forvaringsdømtes individuelle forhold og hvor kriminalomsorgen mener at han vil kunne få et best mulig tilbud, kan slik jeg ser det ikke forankres i denne bestemmelsen. Jeg må etter dette konkludere med at bestemmelsen ikke ga hjemmel for vedtaket om å overføre klageren tilbake til Ila fengsel. For så vidt gjelder de bestemmelsene om *innsetting* av forvaringsdømte som KSF har vist til, kan jeg vanskelig se at disse gir selvstendig grunnlag for vedtak om overføring i et slikt tilfelle.

Jeg legger til grunn at heller ikke KSF har ansett rettstilstanden som tilfredsstillende for så vidt gjelder hjemmelsgrunnlaget for overføring av forvaringsdømte. I denne forbindelse har jeg merket meg at Justis- og politidepartementet i Ot.prp. nr. 15 (2006-2007) foreslo en ny generell hjemmel for å kunne overføre bl.a. forvaringsdømte fra ordinært fengsel til avdeling tilrettelagt for innsatte med særlige behov selv om de ordinære vilkårene for overføring ikke er oppfylt. Ved lovendring 29. juni 2007 nr. 83 ble det på bakgrunn av forslaget vedtatt følgende nytt fjerde ledd i straffegjennomføringsloven § 14:

«Domfelte som gjennomfører forvaring eller strafferettslig særreaksjon i fengsel, kan overføres til avdeling tilrettelagt for innsatte med særlige behov, jf. § 10 annet ledd, selv om vilkårene i første ledd bokstavene a) til e) ikke er oppfylt. Overføringen må være nødvendig for å forebygge brudd på ro, orden og sikkerhet eller for å ivareta domfeltes særlige behov.»

Jeg legger til grunn at lovendringen bl.a. tar sikte på tilfeller som det foreliggende.

Jeg må be om at KSF vurderer klagerens sak på nytt i lys av mine merknader og vurderer hva som eventuelt bør gjøres i forhold til ham. På bakgrunn av den konklusjonen jeg har kommet til går jeg ikke

nå nærmere inn på kriminalomsorgens konkrete vurdering av overføringsspørsmålet.»

Etter min uttalelse erkjente KSF i brev 24. oktober 2007 at straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav e ikke ga hjemmel for vedtaket om overføring. KSF viste også til at endringen av straffegjennomføringsloven § 14 ved lov 29. juni 2007 nr. 83 tar sikte på tilfeller som det foreliggende, og er en erkjennelse av at regelverket på dette området ikke har vært godt nok. Deretter het det:

«Klageren ble etter klage til KSF overført tilbake til X fengsel den 31.08.07, med sikte på å få til en progresjon i retning av åpen avdeling med frigang, jf vedlagte vedtak av 10.08.07. KSF håper at den siste utviklingen i klagerens sonings situasjon gir et tilfredsstillende svar på ombudsmannens anmodning.

Den nevnte lovendringen trer i kraft 01.11.07 og vil etter KSFs oppfatning gi den nødvendige klarhet og forutberegnelighet i tilfeller som den foreliggende saken.»

Jeg tok KSFs svar til etterretning, og fant ikke grunn til ytterligere oppfølging av saken, ut over å bemerke at det syntes passende med en beklagelse fra KSFs side overfor A.

### 63.

#### **Plassering av flere innsatte på samme celle – dublering og bruk av flermannsceller**

(Sak 2006/105)

*Ombudsmannen uttalte seg i 2004 om praksisen med å plassere flere innsatte på samme celle. På bakgrunn av bl.a. en henvendelse fra Norsk Fengsels- og Friomsorgsforbund ble det bedt om en ny redegjørelse fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) for utviklingen i bruken av dublering de seneste årene. KSF ble også bedt om å redegjøre for sitt syn på bruken av dublering i tiden fremover.*

*Ombudsmannen uttalte at nedbyggingen av den eksisterende soningskøen er viktig, men at dette ikke må skje på bekostning av kvaliteten i straffegjennomføringen. Under henvisning bl.a. til De europeiske fengselsreglene og uttalelser fra Europarådets torturforebyggingskomité (CPT), understreket ombudsmannen på nytt at dublering ikke er holdbart som et permanent tiltak. Kriminalomsorgen ble oppfordret til å begynne å utarbeide mer konkrete planer for en avvikling av dubleringsordningen, med tanke på en gradvis nedtrapping av dublering i takt med at soningskøen reduseres. Ombudsmannen satte spørsmålsteget ved det å utvide bruken av dublering i den foreliggende situasjonen, og presiserte at det ikke var aktuelt for ham å gi noen tilslutning til dette.*

I ombudsmannssak 2004/1460, inntatt i årsmeldingen for 2004 s. 157-160 (SOMB-2004 39), ble prak-

sisen med å plassere flere innsatte på samme celle undersøkt og det ble blant annet innhentet redegjørelser fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF). I avsluttende brev herfra 16. mars 2004 til KSF ble det forutsatt at det i de fengsler som doubler celler var foretatt og fortløpende ville bli foretatt en forsvarlig helse- og sikkerhetsmessig vurdering av forholdene. Videre ble det forutsatt at ordningen avvikes når den ikke lenger er påkrevet. Det ble understreket at ombudsmannen ville følge situasjonen nøye, og at problemstillingen ville bli tatt opp i forbindelse med de fengselsbesøk som gjennomføres.

Bakgrunnen for ovennevnte sak var bla.en henvendelse fra Norsk Fengsels- og Friomsorgsforbund (NFF). I januar 2006 henvendte forbundet seg på nytt hit om plasseringen av flere innsatte på samme celle i norske fengsler. Forbundet viste til at ordningen med dublering av celler frem til dette tidspunktet hadde blitt benyttet i en femårsperiode, og at omfanget ikke var redusert, men snarere hadde økt, selv om det var etablert flere nye ordinære soningsplasser. På bakgrunn av dette hevdet forbundet at myndighetene ikke hadde konkrete planer som pekte mot en avskaffelse av dubleringsordningen. Forbundet tok også opp bruken av flermannsrom ved Åna fengsel. Vedlagt NFFs brev fulgte dokumentasjon vedrørende den eksisterende dubleringsordningen i Kriminalomsorgen region vest og i Skien fengsel.

I brev herfra 27. mars 2006 ble KSF bedt om å redegjøre nærmere for utviklingen i bruken av dublering i norske fengsler de seneste årene og for hvilke konkrete tiltak som eventuelt var iverksatt for over tid å avvike den midlertidige ordningen. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvordan KSF så for seg bruken av dublering i årene fremover og om en kommentar til forholdet mellom dublering og den eksisterende soningskøen. I denne forbindelse ble det bedt om å få opplyst om KSF så for seg en gradvis avvikling av dubleringsordningen i takt med at nye ordinære soningsplasser bygges ut. KSF ble også bedt om å opplyse om ordningen med dublering var ment å skulle bestå til soningskøen i sin helhet er avskaffet.

KSF ble videre bedt om å kommentere opplysninger fra NFF om at kriminalomsorgen i enkelte regioner ikke la vekt på dommens lengde, men bare hvor lenge den enkelte sitter på dublert celle. Det ble i denne forbindelse vist til at det i KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v., slik disse tidligere lød, var presisert i pkt. 3.15 at dublering eller bruk av flermannsrom fortrinnsvis burde anvendes overfor innsatte med korte dommer, og at dette også var understreket i det avsluttende brevet herfra til KSF 16. mars 2004.

Endelig ble KSF bedt om å kommentere bruken av flermannsrom ved Åna fengsel. Det ble vist til at ombudsmannen fra sine besøk i fengselet var kjent med at det fra flere hold var uttrykt betydelig misnøye med praksisen. Under henvisning til opplysninger om at det skulle foreligge planer for ombyg-



ging eller utbygging av fengselet med sikte på å redusere eller avvikle bruken av flermannsrom, ble KSF bedt om å redegjøre for hvilke konkrete planer som eventuelt forelå.

I sitt svar 9. mai 2006 opplyste KSF at det i 2003 var til sammen ca. 11 700 fengselsdøgn som ble gjennomført med dublering og at dette tilsvarte ca. 32 plasser fullt belagt med dublering hele året. Det ble videre opplyst at antallet fengselsdøgn gjennomført med dublering økte til ca. 14 000 fengselsdøgn, eller ca. 39 plasser fullt belagt i 2004, men at omfanget i 2005 igjen ble redusert til ca. 11 000 døgn, tilsvarende 30 plasser fullt belagt. For første kvartal 2006 ble det opplyst at det var gjennomført ca. 2 700 fengselsdøgn ved dublering, tilsvarende ca. 30 plasser fullt belagt.

Om den forventede utviklingen videre het det:

«I den perioden dublering har blitt praktisert som kjøavviklingstiltak de siste 3-4 årene, har soningskøen ikke blitt nedarbeidet i en slik grad at KSF har kunnet avvikle ordningen. Justisdepartementet ønsker å avvikle soningskøen i denne stortingsperioden og arbeider med en plan for dette. I denne sammenheng vurderes mange ulike tiltak i tillegg til bruk av dublering. KSF ser for seg at dublering fortsatt vil bli benyttet som kjøavviklingstiltak, og at det i en periode kan øke i forhold til resultatene i 2005 med et omfang som kan tilsvare inntil 50 plasser fullt belagt. Bruk av dublering er et av de første tiltakene som vil opphøre når køen begynner å bli kraftig redusert.»

I forhold til NFFs opplysninger om at kriminalomsorgen i enkelte regioner ikke la vekt på dommens lengde, men hvor lenge den enkelte sitter på dublert celle, svarte KSF at den i oppfølgingen av ombudsmannens brev 16. mars 2004 hadde lagt vekt på at det er tiden det dubleres og ikke domslengden i seg selv som er det vesentligste. Det ble opplyst at det derfor var presisert overfor regionene at ingen skal dublere i mer enn 30 døgn uavhengig av dommens lengde. KSF uttalte videre:

«Dublering benyttes også overfor varetektsinnsatte, og det legges samme begrensning for varighet her. Dublering forsøkes også i størst mulig grad å baseres på frivillighet slik at belastningen for den innsatte blir minst mulig. I noen tilfeller benyttes dublering i perioder på mer enn 30 døgn, men da etter ønske fra innsatte. KSF har avdekket at dublering også benyttes i enkelte tilfeller med mer enn 30 døgn når det er uklart om ordningen baseres på frivillighet. Det vil bli innskjerpet at dublering over 30 døgn skal baseres på frivillighet.»

Om planene i forhold til flermannsrommene ved Åna fengsel het det videre:

«KSF har som målsetting å avvikle flermannsrommene ved Åna fengsel. Dagens situasjon med stigende soningskø gjør det vanskelig å iverksette en ombygging ved Åna fengsel umiddelbart. Sikkerheten til innsatte som bor på fler-

mannsrommene er i denne sammenheng viktig. Åna fengsel er flinke til å håndtere situasjonen, og det ble i fjor og er hittil i år ikke innrapportert tilfeller av vold mellom innsatte på flermannsrom etter at celledøren er låst.»

KSF understreket at utbedringsbehovet ved Åna fengsel ville måtte prioriteres i det ordinære budsjettarbeidet.

NFF kom med merknader i brev 8. juni 2006 og tolket KSFs redegjørelse slik at Justis- og politidepartementet i utgangspunktet var imot praksisen med dublering, men ikke når det er soningskø. NFF viste i denne forbindelse til at det siden 1990 var åpnet mange hundre nye fengselsplasser uten at dette har fått noen betydning for bruken av dublering. I brevet uttalte NFF videre:

«Regjeringen ønsker å utvide bruken av dublering og foreslår i [revidert nasjonalbudsjett] å øke antall plasser som skal dubleres til 50. I den forbindelse finner vi det riktig å minne om det svaret departementet gav til justiskomiteen den 17.9.1998 på spørsmål om bruken av dublering. Det heter bla «Ved Bergen landsfengsel har man fra september 1996 benyttet dublering i en viss utstrekning i forbindelse med å avhjelpe varetektsituasjonen. Ordningen ved Bergen landsfengsel vil bli avvirket ved åpningen av ny varetektsavdeling i slutten av 1998». Jfr. vedlegg.

Det er åpnet enda en ny avdeling med 30 plasser innenfor murene i Bergen fengsel etter dette. Til sammen er det åpnet 75 nye plasser i Bergen fengsel. Når ordningen med dublering skal utvides regner vi med at departementet nok en gang plukker ut Bergen fengsel som et av fengslene det skal dubleres i. Antall ansatte i dette fengselet er blitt redusert med over tyve personer samtidig som antallet innsatte øker. Situasjonen er nå så presset og oppgavene er så mange at det ikke er tid/bemanning nok til å sysselsette alle innsatte hele dagen. I en periode har de innsatte kun fått et par timers arbeid i løpet av en dag; dette for å kunne sysselsette flest mulig av de innsatte.»

I forhold til flermannsrommene på Åna fengsel anførte NFF at det etter det forbundet kjente til ikke ble arbeidet med konkrete planer for en ombygging av fengselet. Forbundet fryktet derfor at ordningen med flermannsrom ville vedvare langt ut i det neste tiåret.

NFF anførte videre at antall dublerte døgn og døgn i flermannsrom utgjør en meget liten andel av den totale produksjonen fengselsdøgn, at ordningen nå har vært praktisert i nærmere ti år i noen fengsler og at verken dublering eller bruk av flermannsrom er forsvarlig. Forbundet anmodet derfor ombudsmannen om å be departementet avvikle ordningen.

I et nytt brev hit tilføyde NFF at forbundet hadde mottatt et brev fra sin avdeling i region vest vedrørende dublering i Hustad fengsel. I brevet ble det gitt uttrykk for sterk bekymring over situasjonen i fengselet og blant annet vist til at sammensetningen av innsatte i fengselet hadde endret seg slik at fengselet hadde fått flere innsatte med store psykiske proble-

mer. Det ble deretter redegjort nærmere for bemaningssituasjonen og det store arbeidspresset for de ansatte i fengselet.

Forbundet viste til at fagforeningslederen i fengselet i et brev til regionavdelingen hadde understreket det uheldige i å plassere innsatte med lange dommer sammen med innsatte med korte dommer eller varetektsinnsatte. I brevet ble det også anført at innsatte selv hadde uttrykt misnøye og så på dublering som en psykisk belastning. Forbundet gjentok sitt synspunkt om at gevinsten i antall soningsdøgn som oppnås ved dublering ikke rettferdiggjør belastningen dette medfører og anførte at ordningen måtte opphøre.

KSF kom med ytterligere merknader i brev 15. august 2006. I forhold til bruk av dublering som kjøavviklingstiltak siterte KSF fra en redegjørelse til ombudsmannen i sak 2004/1460:

«I tilknytning til arbeidet med å avvikle soningskøen på begynnelsen av 1990-tallet ble dublering tatt i bruk. Målsettingen den gangen var å doble 75 celler. Tiltaket ble iverksatt i februar 1990 og opphørte 30.06.1991. Soningskøen ble ansett avviklet ved utgangen av 1994.

Dublering har vært benyttet også siden, men i et begrenset omfang. I enkelte tilfeller vil det av hensyn til innsatte kunne fungere selvmordsforebyggende å benytte dublering. KSF iverksatte bruk av dublering som et virkemiddel i forhold til nåværende soningskø i brev av 28. oktober 2002 til direktørene på regionalt nivå.»

KSF viste videre til at regjeringen i sitt forslag 15. mai 2006 til tiltak for å sikre avvikling av soningskøen innen 2009 blant annet hadde foreslått å øke bruken av dublering i enmannsceller. Det het videre:

«Tiltaket skal i så stor grad som mulig baseres på frivillighet og bare benyttes i kjøavviklingsperioden. I 2005 tilsvarte bruk av dublering ca. 30 celler og det er foreslått å øke dette til 50 celler. I og med at dublering som kjøavviklingstiltak ble iverksatt i november 2002 og vil opphøre innen 2009, er det derfor ikke korrekt som NFF hevder i sitt brev av 08.06.06 til Sivilombudsmannen at ordningen vil ha vart i nærmere ti år i enkelte fengsler når køen avvikles i løpet av 2008.»

KSF opplyste at det i brev av 24. juli 2006 til regionene var strammet inn på vilkårene for bruk av dublering. En kopi av brevet fulgte vedlagt KSFs redegjørelse. I brevet understreket KSF at all dublering som hovedregel skal begrenses til 30 dager og at dublering utover 30 dager skal være basert på frivillighet eller ønske fra innsatte. Innsattes samtykke skal dokumenteres skriftlig. Det ble videre oppstilt visse krav til cellene som benyttes til dublering:

«Cellene som skal benyttes til dublering skal ha tilfredsstillende toalettforhold. Enten ved at innsatte følges på toalettet, kan gå selv eller at cellen er utstyrt med avskjermet toalett. Bruk av dobøtter på dublerede celler er ikke akseptabelt.»

KSF understreket i brevet hit at ved en eventuell økning i bruk av dublering, ville frivillighet bli vektlagt også ved kortere dubleringer enn 30 dager. Om effekten av praksisen med dublering, uttalte KSF at dublering kan synes marginalt i en kjøavviklingssammenheng, men at alle typer tiltak bidrar og er viktige i sum.

Det ble opplyst at det på bakgrunn av de avdekkede problemene i Hustad fengsel var besluttet å redusere antall dubleringer med tre og at dette hadde gitt umiddelbar positiv virkning både for innsatte og ansatte ved fengselet.

I forhold til bruken av flermannsrom ved Åna fengsel, viste KSF til sin tidligere redegjørelse.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Jeg har tidligere undersøkt den eksisterende praksisen i enkelte norske fengsler med å plassere flere innsatte på samme celle. Det har særlig vært såkalt dublering, dvs. tilfeller der to innsatte plasseres på én celle som opprinnelig er bygget og innredet for én innsatt, som har vært gjenstand for min oppmerksomhet. Jeg har imidlertid også innhentet redegjørelser for praksisen med bruk av flermannsrom, dvs. der to eller flere innsatte plasseres på rom som er bygget og innredet for flere innsatte.

I mitt avsluttende brev til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mars 2004 i ombudsmannsak 2004/1460, inntatt i årsmeldingen for 2004 s. 157-160, (SOMB-2004.38) tok jeg utgangspunkt i straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 17 første ledd tredje punktum som lyder:

«Innsatte skal være i enerom om natten hvis ikke helsemessige forhold eller plassmangel er til hinder for det.»

I brevet konkluderte jeg, blant annet under henvisning til lovens ordlyd, dens forarbeider, Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 art. 8 om retten til privatliv og KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v., med at disse kildene tilsa at dublering ikke etableres som en permanent ordning. Jeg understreket at det må være en forutsetning at ordningen avvikles så snart forholdene ikke lenger gjør den påkrevet, og at det i de fengslene som dublerer celler foretas en forsvarlig helse- og sikkerhetsmessig vurdering av forholdene.

Det har nå gått noe over tre år siden min uttalelse og omfanget av dublering og bruk av flermannsrom har, etter det KSF har opplyst, holdt seg forholdsvis stabilt i hele perioden. I Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) Om lov om endringer i straffegjennomføringsloven m.v. (tiltak for å avvikle soningskøen og bedre innholdet i soningen m.v.) foreslår regjeringen, som et av de strukturelle tiltakene, å øke bruken av dublering. Justis- og politidepartementet uttaler på side 25 i proposisjonen at det, til tross for at et klart flertall

av høringsinstansene er sterkt imot tiltaket, mener at «ordningen med dublering kan forsvares som et ekstraordinært og midlertidig tiltak i arbeidet med å avvikle soningskøen». Det heter videre at «[v]ilkåret er at dubleringen foregår i forsvarlige former innenfor de rammene Stortingets ombudsmann for forvaltningen trekker opp».

Nedbygging av den eksisterende soningskøen er viktig. Både kriminalpolitiske hensyn og hensynet til fornærmede og domfelte taler sterkt for at tiden fra gjerningstidspunkt til dom, og deretter gjennomføring av straffen, må gjøres så kort som mulig. Jeg har behandlet flere saker der det har tatt lang tid fra rettskraftig dom til påbegynnelse av soning, og det er klart at dette kan ha svært uheldige menneskelige konsekvenser. En nedbygging av soningskøen vil være en nødvendig forutsetning for raskere påbegynnelse og gjennomføring av soningen. Det er imidlertid avgjørende at arbeidet med nedbyggingen av soningskøen ikke skjer på bekostning av kvaliteten i straffegjennomføringen.

Min understrekning av at praksisen med dublering av celler må avvikles så snart forholdene ikke lenger gjør den påkrevet, var både begrunnet i en tolkning av gjeldende regelverk og i de negative sider denne praksisen har. I Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) s. 24 nevnes det at også flere av høringsinstansene, blant annet Hovedvernombudet i kriminalomsorgen, Sosial- og helsedirektoratet og Norsk Fængsels- og Friomsorgsforbud har trukket frem at hensyn til helse, hygiene og human fangebehandling taler mot dublering av celler.

De europeiske fængselsreglene ble revidert av Europarådets ministerkomité 11. januar 2006. Reglene har etter den siste revisjonen blitt mer detaljerte enn de tidligere reglene fra 1987. De europeiske fængselsreglene gir uttrykk for normer som myndighetene bør bestrebe seg på å følge, men er ikke rettslig bindende for norske myndigheter. Det blir jevnlig henvist til reglene i Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis og i uttalelser fra Den europeiske torturforebyggingskomiteen (CPT).

I henhold til fængselsreglene punkt 18.5 og 96 er utgangspunktet både for innsatte som er idømt fængselsstraff og for varetektsinnsatte at de skal innkvarteres i enkeltceller. Punkt 18.5 lyder:

«Prisoners shall normally be accommodated during the night in individual cells except where it is preferable for them to share sleeping accommodation.»

I punkt 18.6 understrekes det at plassering av flere på samme celle bare må skje når de aktuelle cellene er egnet for formålet og bare for innsatte som er egnet til å omgås hverandre.

Bestemmelsene må også sees i sammenheng med punkt 18.8 som krever at myndighetene tar tilbørlig hensyn til behovet for å skille visse grupper innsatte fra hverandre, blant annet varetektsfængslede fra domfelte innsatte og unge voksne fra eldre

innsatte. Førstnevnte fremkommer også indirekte i punkt 96. Dersom ovennevnte grupper skal innlosjeres på samme celle om natten, krever det både at de innsatte samtykker og at fængselsmyndighetene finner at dette vil være til alle berørte innsattes beste, jf. punkt 18.9 i reglene.

I punkt 18.7 understrekes det at også andre grupper innsatte i størst mulig grad skal gis anledning til å velge om de vil plasseres i flermannsceller.

«As far as possible, prisoners shall be given a choice before being required to share sleeping accommodation.»

I kommentarer til bestemmelsene (CM 2005/163) påpeker Europarådets ministerkomité at avvik fra bestemmelsen om innkvartering i enkeltcelle er uakseptabelt som en langsiktig løsning dersom dette bare er et tiltak for å avhjelpe overbelegg i fængsle- ne. Ministerkomiteen understreker videre at unntak bare skal skje når det er fordelaktig for den innsatte å dele celle med andre, jf. i denne forbindelse også ordlyden i punkt 18.5. I de tilfeller der to eller flere innsatte blir plassert på samme celle, fremhever ministerkomiteen nødvendigheten av tilstrekkelig tilsyn fra de ansatte i det aktuelle fængselet.

Europarådets torturforebyggingskomité tar i sine «CPT standards» (1 Rev. 2006) s. 17, 21 og 24 opp spørsmål i tilknytning til overbelegg i fængslene. På side 17 heter det bl.a.:

«Overcrowding is an issue of direct relevance to the CPT's mandate. All the services and activities within a prison will be adversely affected if it is required to cater for more prisoners than it was designed to accommodate; the overall quality of life in the establishment will be lowered, perhaps significantly. Moreover, the level of overcrowding in a prison, or in a particular part of it, might be such as to be in itself inhuman or degrading from a physical standpoint.»

De negative følgene av overbelegg som komiteen her lister opp, vil i noen utstrekning også kunne gjøre seg gjeldende i de norske fængslene som tar i bruk dublering, fordi dublering i realiteten innebærer en økning i antall innsatte i forhold til det fængselet opprinnelig er dimensjonert for både bemanningsmessig og i forhold til bygningsmassen.

I sine brev hit har Norsk Fængsels- og Friomsorgsforbund redegjort for situasjonen i flere av de fængslene der dublering blir benyttet. Det er blant annet vist til en evaluering som ble foretatt av dubleringspraksis i Skien fængsel, som ved utgangen av 2004 dublerte fem celler. Jeg har mottatt en kopi av fængselets redegjørelse i desember 2004 til Kriminalomsorgen region sør for resultatene av evalueringen. Det fremgår blant annet av redegjørelsen at de innsatte ser noen positive sider ved dublering i form av sosialt selskap og trygghetsfølelse. Både innsatte og ansatte i fængselet peker imidlertid på flere negative sider ved dublering, slik som trangbodddhet, manglende mulighet til privatliv, økt sikkerhetsrisi-

ko og problemer rundt gjennomføring av reaksjoner mot den enkelte innsatte uten at reaksjonen også rammer den andre i dublerede celler. I redegjørelsen pekes det videre på at fordi dublering i det aktuelle fengselet bygger på frivillighet, medfører ordningen at innsatte som ikke ønsker dublering, blir sittende lenger på lukket avdeling før overføring til fellesskapsavdeling. Det er også vist til visse logistikk-messige problemer knyttet til dubleringen, blant annet ved at fengselet ikke kan utnytte alle de øvrige cellene. Ifølge evalueringen fører dette til at gevinsten ved å dublere fem celler i fengselet er relativt lav sett i forhold til den totale ordinære kapasiteten (0,9 ekstra innsatte i anstalten).

Norsk Fengsels- og Friomsorgsforbund har også redegjort for situasjonen i Hustad fengsel og blant annet pekt på det uheldige i å plassere innsatte med lange dommer sammen med innsatte med korte dommer eller varetektsfengslede. KSF har i brev hit opplyst at antallet dublerede celler i Hustad fengsel i ettertid har blitt redusert og at dette har gitt umiddelbar positiv virkning både for innsatte og ansatte ved fengselet.

De foreliggende nasjonale og internasjonale rettskildene som det er nærmere redegjort for ovenfor og i mitt brev til KSF 16. mars 2004, gir ikke grunnlag for å oppstille noe absolutt forbud mot dublering. Det er imidlertid ikke holdbart å ha dublering som et permanent tiltak. Jeg legger til grunn at både KSF og Justis- og politidepartementet er enig i dette, og jeg har merket meg at departementet senest i Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) s. 25 har understreket at dublering er et «ekstraordinært og midlertidig tiltak i arbeidet med å avvikle soningskøen». Etter det KSF har opplyst, ble den nåværende utvidede bruken av dublering som kjøavviklingstiltak iverksatt mot slutten av 2002. Dette betyr at ordningen snart har virket i nærmere fem år. Selv om dette må sies å være forholdsvis lenge for en midlertidig ordning, kan det vanskelig sies at ordningen hittil har fått permanent karakter. Jeg legger i denne forbindelse også vekt på de uttrykkelige utsagnene blant annet fra regjeringens side om ordningens midlertidighet.

KSF har i brev hit opplyst at bruk av dublering er et av de første tiltakene som vil opphøre når soningskøen «begynner å bli kraftig redusert». I lys av den rettslige situasjonen, herunder presiseringene som er foretatt i De europeiske fengselsreglene fra 2006, og de uheldige sidene ved dublering som er fremhevet fra flere hold, er jeg enig i at dubleringsordningen må være et av de første midlertidige tiltakene for å redusere soningskøen som avvikles. Jeg stiller imidlertid spørsmål om dette først skal skje når køen begynner å bli «kraftig redusert». Etter min mening bør KSF allerede nå begynne å utarbeide mer konkrete planer for avviklingen av dubleringsordningen, med tanke på en gradvis nedtrapping i takt med at soningskøen reduseres.

Etableringen av nytt Halden fengsel med 251 nye fengselsplasser antas å ville være et viktig tiltak

i arbeidet med å avvikle den eksisterende soningskøen og hindre at en slik kø på nytt oppstår. Jeg har merket meg at Justiskomiteen i Innst. S. nr. 261 (2006-2007) peker på at byggingen av fengselet er et veldig viktig tiltak blant annet for «å kunne avvikle dei midlertidige kjøavviklingstiltaka som for eksempel dublering og framskoten lauslating». Fengselet, som tidligere har hatt planlagt oppstart i 2009, antas nå å bli ferdigstilt i april 2010. Ettersom KSF i brev hit har opplyst at dublering som kjøavviklingstiltak vil opphøre innen 2009, legger jeg til grunn at den utsatte oppstarten av det nye fengselet ikke vil få avgjørende betydning for avviklingen av dubleringsordningen.

Det kan etter min mening settes spørsmålsteget ved det å utvide bruken av dublering i den foreliggende situasjonen. Regjeringen har, til tross for at et klart flertall av høringsinstansene var imot, foreslått å utvide bruken av dublering tilsvarende 20 fengselsplasser, jf. Ot.prp. nr. 31 (2006-2007). Justiskomiteen har i Innst. S. nr. 82 (2006-2007) i liten grad kommentert forslaget, men det fremkommer ikke vesentlige innvendinger fra komiteens side.

Regjeringen har i proposisjonen opplyst at tiltaket med økt bruk av dublering ikke vil bli iverksatt før den pågående undersøkelsen herfra er avsluttet. Jeg presiserer for ordens skyld at det ikke er aktuelt for meg å gi noen tilslutning til en økt bruk av dublering. Dersom tiltaket skal iverksettes, må dette skje etter grundige overveielser i forvaltningen, som også vil stå ansvarlig for forsvarligheten av tiltaket.

Jeg har merket meg at KSF i brev 24. juli 2006 til regiondirektørene i kriminalomsorgen har strammet inn på vilkårene for bruk av dublering. Det er blant annet stilt krav om dokumentert samtykke ved dublering over 30 dager og presisert at cellene som skal benyttes til dublering, må ha tilfredsstillende toalettforhold. Jeg forutsetter at dette blir fulgt i praksis og at det også ut over dette foretas en forsvarlig vurdering av egnetheten av de celler som benyttes til dublering. I denne forbindelse må kriminalomsorgen også se hen til CPTs uttalelser om fysisk utforming av celler, herunder størrelse m.v. Jeg viser for øvrig til det jeg uttalte i brev 16. mars 2004 til KSF om at det må foretas fortløpende forsvarlige helse- og sikkerhetsmessige vurderinger av forholdene, og at de helsemessige sidene av dublering må følges særlig nøye.

I ovennevnte brev understreket jeg også at dublering bare måtte anvendes for innsatte som soner kortere fengselsstraffer. Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brev hit opplyst at den har lagt vekt på at det er tiden det dubleres og ikke domslengden som er avgjørende, og har derfor presisert at ingen i utgangspunktet skal dubleres i mer enn 30 døgn, uavhengig av dommens lengde. Dette er nå også inn tatt i KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven pkt. 3.15. Dersom KSFs redegjørelse hit er slik å forstå at domslengden i utgangspunktet ikke blir tillagt betydning for hvorvidt en domfelt vurde-

res som egnet for dublering eller ikke, er dette, slik jeg ser det, en tvilsom tolkning av ordlyden i forarbeidene til straffegjennomføringsloven. Jeg viser til at det i Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 156 heter at dublering fortrinnsvis bør anvendes overfor «innsatte med kortere straffedommer».

Jeg er enig i at tiden innsatte tilbringer i dublert celle bør være så kort som mulig. Det er imidlertid viktige hensyn som tilsier at domslengden også bør tillegges vekt når det vurderes om innsatte skal plasseres i en dublert celle. Det er blant annet, som understreket i De europeiske fengselsreglene, et behov for å skille visse grupper innsatte fra hverandre. Dessuten vil fengselscellen for de langtidsinnsatte i større grad fungere som et hjem der ivaretagelse av retten til privatliv må være et grunnleggende hensyn.

KSF har opplyst at det er en målsetting å avvikle flermannsrommene i Åna fengsel, men at dagens situasjon med soningskø gjør det vanskelig å iverksette en ombygging. Under mitt besøk i fengselet 3. februar 2005 ble det fra fengselsledelsens side opplyst at ordningen med flermannsrom ble sett på som meget utilfredsstillende. Det som særlig ble trukket frem var uheldig påvirkning mellom innsatte i forhold til rus og faren for vold.

I mitt brev 16. mars 2004 til KSF konkluderte jeg med at flere av de samme hensynene som taler mot bruk av dublering også gjør seg gjeldende i forhold til bruk av flermannsrom. Jeg understreket at myndighetene må legge særlig vekt på helsemessige forhold og de innsatte og tjenestemennenes sikkerhet. I KSFs brev hit 9. mai 2006 opplyses det at utbedringsbehovet i Åna fengsel vil være en del av de vedlikeholdsplanene som skal utarbeides for fengslene. Jeg ber om å bli holdt orientert om de planer som er eller blir utarbeidet med hensyn til flermannsrommene i Åna fengsel.»

#### 64.

##### Gjennomføring av urinprøvekontroll i fengsel

(Sak 2006/2026)

*En innsatt klaget til ombudsmannen over et vedtak om å ilegge ham reaksjon som følge av nektelse av å avgi urinprøve på foreskrevne måte. Klageren forsøkte først å avgi prøven i enerom, men lyktes ikke i dette med en gang. Han nektet deretter å bli sittende naken i prøvetakingsrommet til han hadde avgitt prøven fordi han fant dette nedverdiggende. Dette ble av fengselet og Kriminalomsorgen region sør oppfattet som nektelse.*

*Ombudsmannen uttalte at det i lys av straffegjennomføringsloven § 29 og hensynet til human fangebehandling ikke er akseptabelt at en innsatt skal måtte oppholde seg naken i et 2 m<sup>2</sup> stort rom over tid før avgivelse av urinprøve. En ordning som skissert av regionen, der innsatte som ønsker det får utdelt anstalttøy etter å ha kledd seg naken og gis anledning til å vente i et annet rom, fremsto etter ombuds-*

*mannens syn som en egnet fremgangsmåte til å ivareta både hensynet til human behandling og behovet for å hindre at prøven blir manipulert. Slik saken var opplyst, knyttet det seg begrunnet tvil til om det i dette tilfellet var rettmessig å ilegge klageren en reaksjon for nektelse av å avgi urinprøve. Kriminalomsorgen region sør ble bedt om å vurdere på nytt om det var riktig å opprettholde reaksjonen. Videre ble Kriminalomsorgens sentrale forvaltning bedt om å gi en nærmere regulering av hvordan den innsatte skal behandles i de tilfeller der vedkommende ikke kan avgi urinprøve umiddelbart etter avkledding. En slik regulering ble senere gitt i likelydende brev til regionene i kriminalomsorgen.*

Under soning ved Sem fengsel ble A avkrevd urinprøve. Han forsøkte først å avgi prøven i enerom etter å ha kledd av seg, men ga raskt beskjed om at han ikke fikk det til fordi han akkurat hadde vært på toalettet. A ble da orientert om at han måtte bli sittende naken i urinprøverommet til han hadde avgitt prøven, og at noe annet ville bli betraktet som ordrenekt som kunne gi grunnlag for ileggelse av reaksjon. Han nektet likevel å bli sittende i rommet fordi han fant det nedverdiggende å måtte vente naken, og han ble ført tilbake til sin avdeling uten å ha avgitt urinprøve.

Fengselet vedtok å utelukke A fra fritidsfelleskapet i 15 dager og fratok ham retten til å ha TV på cella i samme periode, jf. straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 40. Begrunnelsen var at han ifølge fengselet hadde nektet å avgi urinprøve på den foreskrevne måten. Det ble gitt to dagers fradrag i perioden med tap av fritidsfelleskap for den ene dagen A ifølge fengselet var helt utelukket fra felleskapet som forebyggende tiltak, jf. straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e.

Vedtaket ble påklaget til Kriminalomsorgen region sør, som besluttet å opprettholde fengselets vedtak. Regionen uttalte bl.a. følgende:

«Ut fra sakens dokumenter finner vi det godtgjort at innsatte den ... ikke etterkom pålegg fra tjenestemennene om å avgi urinprøve. Han skal først ha sagt seg villig til å avlegge prøve dersom han fikk være alene. Da han ble opplyst om at slik prøvetaking var betinget av at han satt naken på enerom, nektet han allikevel. Han ble gjort oppmerksom på hvilke følger dette ville få. A var også ilagt en reaksjon for urinprøvenekt den ... Den utmålte reaksjonen er i samsvar med praksis.»

Regionen hadde for øvrig ikke noe å bemerke til den begrunnelsen som var gitt fra fengselets side.

As advokat klaget hit og ba om en vurdering av lovligheten av den reaksjonen A var ilagt. Han anførte bl.a. «at det ikke forelå noen reell begrunnelse for at A måtte vente i naken tilstand». Det ble vist til at han var avkledd på forhånd og at fengselets ansatte derfor hadde «all mulighet til å undersøke klærne grundig med hensyn til hvorvidt han brakte noe med

seg». Advokaten hevdet at pålegget om at han skulle vente i naken tilstand bare fremsto som nedverdiggende. I brevet ba advokaten også om en vurdering av hvorvidt «reaksjonen med full isolasjon etter den angivelige ordrenekten var hjemlet» og «hvorvidt han er gitt rettmessig fratrekk på grunn av isolasjonen dersom reaksjonen anses berettiget».

Etter en gjennomgang av saksdokumentene ble det besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere, og Kriminalomsorgen region sør ble bedt om å redegjøre kort for det rettslige grunnlaget for å kreve at A måtte sitte naken og vente i prøverommet inntil han kunne avgi urinprøven. Videre ble regionen bedt om å kommentere mulige alternativ til å vente i prøverommet i naken tilstand, og det ble bl.a. pekt på muligheten til å la den innsatte vente utenfor prøverommet med klærne på eller gi vedkommende noe å ha på seg mens han ventet i eller utenfor prøverommet. Det ble også bedt om regionens merknader til advokatens anførsel om at fengselet hadde all mulighet til å gjennomgå As klær og at det derfor ikke var noen rimelig grunn til at han ikke skulle få disse tilbake i påvente av at han kunne avgi prøven. Regionen ble også bedt om å redegjøre kort for de fysiske forholdene i prøverommet, herunder temperaturforhold, eventuell tilgang på teppe og innsynsmuligheter.

Videre ble det pekt på at fengselet i sitt vedtak la til grunn at A ble utelukket en dag fra fellesskapet som forebyggende tiltak, jf. straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Selv om bruken av denne bestemmelsen som grunnlag for utelukkelse ble tatt opp av A i hans klage, ble spørsmålet ikke berørt i regionens vedtak. Det ble bedt om regionens merknader til bruken av denne hjemmelen i det foreliggende tilfellet og stilt spørsmål om ikke straffegjennomføringsloven § 39 kunne ha vært et vel så nærliggende hjemmelsgrunnlag.

Det ble vist til at A hevdet å ha blitt utelukket fra fellesskap i mer enn ett døgn, og at det fremgikk av hendelsesjournalen at han ble utelukket fra fellesskapet kl. 18.00 dagen for den angivelige nektelsen, men ikke nøyaktig når han igjen fikk fellesskap med andre. Regionen ble bedt om å oppgi hva som var grunnlaget for at det ble lagt til grunn at A var utelukket fra fellesskapet «en dag» og komme med merknader til at det ikke syntes å fremgå av hendelsesjournalen når utelukkelsen fra fellesskapet opphørte. Det ble også bedt om regionens merknader til anførselen om at det var grunnlag for ytterligere fra- drag i den etterfølgende reaksjonen, og stilt spørsmål om et nytt påbegynt døgn kan gi grunnlag for fra- drag etter forskrift til lov om straffegjennomføring §§ 3-35 og 3-36.

Kriminalomsorgen region sør innhentet uttalelse fra fengselet og svarte deretter i brev hit. Om gjennomføringen av urinprøvekontrollen het det bl.a.:

«Innsattes urinprøvetaking er regulert i retningslinjenes pkt. 3.32 under avsnittet *Urinprøve, ut-*

*andingsprøve, blodprøve mv.* Her fremgår det at prøver kan avgis enten under tilsyn eller alene i et nakent rom.

Uavhengig av om prøven gjennomføres med eller uten påsyn, er forutsetningen at den skal gjennomføres på en måte som i størst mulig grad forhindrer at den kan manipuleres. Innledningsvis i bestemmelsen er det også forutsatt at innsatte som ledd i undersøkelsen må finne seg i et visst ubehag.

---

Det fremgår av retningslinjene at prøvetakingen kan gjennomføres uten tilsyn når ... «den innsatte på forhånd har tatt av seg alt tøy.» Vi er enige med Sem fengsel at denne føringen gir grunnlag for å kreve at innsatte skal avgi prøven naken etter at han har kledd av seg. Normalt byr heller ikke en slik framgangsmåte på problemer når innsatte avgir prøven i løpet av kort tid.

Retningslinjene regulerer ikke de tilfeller hvor det tar tid å avgi prøven, enten ved at innsatte allerede ved avkledningen eller etter noen tid gir uttrykk for at han har problemer med å avgi prøven. Riktignok fremgår det av retningslinjene at innsatte må påregne noe ubehag ved prøvetakingen, men etter regionalt nivå vurdering bør fengslene søke å legge forholdene til rette for at prøvetakingen kan gjennomføres på en så skånsom måte som mulig for innsatte samtidig som kravet til å forhindre manipulasjon blir oppfylt.

Advokatens forslag om at innsatte kan få tilbake sine klær etter at de er gjennomgått er antagelig det beste sett ut fra innsattes synspunkt, men etter vår vurdering kan det gi innsatte en [viss] mulighet til å manipulere prøven.

Regionalt nivå er kjent med at andre fengsler har som fast rutine å la innsatte iføre seg anstalttøy etter at de har kledd seg naken og om nødvendig sitte isolert på et annet nakent rom i en mellomperiode hvis det tar noen tid å få gjennomført prøven. Etter regionalt nivå vurdering ivaretar en slik praksis både hensynet til en human behandling av innsatte og forhindrer at prøven kan manipuleres.»

Regionen konkluderte slik:

«Regionalt nivå kan ikke se at det er noen rettslige begrensninger for at innsatte kan pålegges å avgi urinprøve naken, men vil anbefale Sem fengsel å etablere rutiner hvoretter innsatte som ønsker det, får utdelt anstalttøy etter at de har kledd seg naken samt eventuelt sitte på et annet rom i en mellomperiode.»

Om de fysiske forholdene i prøverommet opplyste regionen:

«Rommet er på 2 kvm og er utrustet med urinal, en krakk og litt lesestoff. Det varmes opp av en radiator til ønsket temperatur. Eneste innsynsmuligheten er å åpne døren og det er toveis kommunikasjon via calling.»

I forhold til vedtaket om utelukkelse av A fra fellesskapet med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e, beklaget regionen at verken fengselet eller regionen hadde registrert at As klage også omfattet dette vedtaket. Regionen opp-

lyste at den hadde tatt denne delen av saken til behandling og vedlagt fulgte regionens vedtak 20. april 2007, der klagen ble avslått. Regionen kom i vedtaket med flere kritiske bemerkninger til bl.a. skjemaet fengselet hadde brukt, manglende angivelse av om det var tale om hel eller delvis utelukkelse og mangelfull angivelse med hensyn til varighet.

Om grunnlaget for å anvende straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e som hjemmel for utelukkelsen fremfor bestemmelsen i § 39 uttalte regionen:

«Det fremgår av Sem fengsels redegjørelse at de vurderte å anvende § 39 fordi den normalt ville være mest nærliggende å anvende. Årsaken til at de besluttet hel utelukkelse av A etter § 37 var at fengselet gjennomførte en større aksjon hvor hele avdelingen ble avkrevd urinprøve. Totalt var det 5 eller 6 personer som hadde nektet å avlegge urinprøve og samtlige ble besluttet utelukket fra fellesskapet etter § 37 for å opprettholde ro, orden og sikkerhet inntil avhør av den enkelte var gjennomført.

Etter regionalt nivå's vurdering er det med grunnlag i denne situasjonen som oppstod under aksjonen ikke grunn til å kritisere Sem fengsels valg av hjemmelsgrunnlag for utelukkelsen. Særlig med bakgrunn i at det på vedtakstidspunktet også var uklart om 24-timers fristen i § 39 kunne overholdes.»

I forhold til tidspunktet for opphør av utelukkelsen av A viste regionen til at det fremgikk av fengselets vedtak at denne varte fra klokken 18 dagen for den angivelige nektelsen til neste dag klokken 20, dvs. ett døgn og to timer. Det ble opplyst at Sem fengsel i ettertid hadde beklaget at tidspunktet for opphevelsen av utelukkelsen ved en feil ikke ble ført inn i fangejournalen.

Om fradraget i den etterfølgende utelukkelsen fra fritidsfellesskapet som følge av den totale utelukkelsen fra fellesskapet, uttalte regionen følgende:

«Når Sem fengsel i reaksjonsvedtaket av ... anfører at 1 dag kommer til fradrag, er det med grunnlag i retningslinjene hvoretter avkorting i reaksjonstiden for utholdt hel utelukkelse motregnes dag mot dag. Det er av den grunn ikke rimelig å 2 timer ut over et døgn skal medføre at innsatte får et helt døgn ekstra til fradrag.

Vi konstaterer at verken lov, forskrift eller retningslinjer tar stilling til hvordan nytt påbegynt døgn med hel utelukkelse skal «motregnes» ved etterfølgende utmåling av reaksjon, jf. forskriftens §§ 3-35 og 3-36. Av den grunn er vi enige i Sem fengsels vurdering i at det ved utmålingen må kunne foretas et skjønn i det enkelte tilfelle.

Regionalt nivå er enig med Sem fengsel i at det i denne saken ikke er grunnlag for å påberope at fordi utelukkelsen overstiger 1 døgn med 2 timer, så skal det ved den etterfølgende avkorting i reaksjonsutmålingen gis 1 dag ekstra. Særlig med bakgrunn i at retningslinjene legger til grunn at 1 dag hel utelukkelse skal tilsvare 2 dagers tap av fritidsfellesskap og 3 dagers tap av TV.»

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning

Det er i hovedsak tre spørsmål som har vært gjenstand for undersøkelser herfra: rettmessigheten av å ilegge klageren reaksjon som følge av at han nektet å vente naken i urinprøverommet til han hadde avlagt prøven, bruken av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e som hjemmel for utelukkelsen av ham fra fellesskapet og utmålingen av den endelige reaksjonen som ble gitt som følge av urinprøvenekt.

### 2. Gjennomføringen av urinprøvekontrollen og ileggelsen av reaksjon for urinprøvenekt

Straffegjennomføringsloven § 29 første ledd bestemmer at kriminalomsorgen kan pålegge innsatte «å avgi urinprøve, utåndingsprøve eller blodprøve eller å medvirke til andre undersøkelser som kan skje uten fare eller særlig ubehag» for å avdekke bruk av rusmidler m.v. Etter straffegjennomføringsloven § 40 første ledd kan den innsatte ilegges reaksjon ved forsettlig eller uaktsomt brudd på reglene for ro, orden og disiplin m.v. Det legges til grunn at manglende etterlevelse av lovlig fastsatt pålegg om å avgi urinprøve vil kunne gi grunnlag for ileggelse av reaksjon.

Nærmere regler om avgivelse av urinprøve er gitt i forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3-26 og Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til loven og forskriften punkt 3.32. Det følger av forskriftens § 3-26 første ledd at gjennomføringen av urinprøvekontrollen enten skal skje under tilsyn eller uten tilsyn i «nakt» rom dersom den innsatte på forhånd har tatt av seg alt tøy. Av retningslinjene punkt 3.32 fremgår det videre at urinprøvetaking forutsettes å medføre et visst ubehag for den innsatte, men at den ikke må medføre «fare eller særlig ubehag». Det presiseres at det med «særlig ubehag» menes «smerte utover det som er vanlig ved blodprøve eller krenkelse av bluferdighet utover det som urinprøvetaking vanligvis medfører».

Jeg har merket meg regionens uttalelse om at det er en forutsetning at urinprøver avgis på en måte som i størst mulig grad forhindrer at prøven kan manipuleres. Dette utgangspunktet har jeg ikke innvendinger mot. Forebygging og avdekking av rusmiddelbruk i fengslene er et relevant og viktig hensyn. Samtidig må imidlertid også hensynet til en human behandling av de innsatte tas i betraktning ved den nærmere gjennomføringen av for eksempel urinprøver.

Regionen har gitt uttrykk for at retningslinjene gir grunnlag for å kreve at den innsatte skal avgi urinprøve naken etter at han har kledd av seg, og at retningslinjene ikke regulerer de tilfeller der det tar tid å avgi prøven, for eksempel der den innsatte ved

avkledningen eller etter noen tid gir uttrykk for at han har problemer med å avgi prøven med en gang. Utgangspunktet om at den innsatte ved selve avgivelsen av urinprøve uten tilsyn skal være naken, kan jeg ikke se at jeg har grunnlag for å rette avgjørende innvendinger mot. Spørsmålet i den foreliggende saken er imidlertid om den innsatte i eventuell ventetid før prøveavgivelse kan pålegges å vente naken. Selv om dette ikke er særskilt regulert i retningslinjene, innebærer ikke dette at fengselet her står fritt til å gi et slikt pålegg.

Det følger av straffegjennomføringsloven § 29 første ledd at urinprøvetaking ikke må medføre «særlig ubehag» og i retningslinjene til loven heter det at slik prøvetaking ikke må medføre «krenkelse av bluferdighet utover det som urinprøvetaking vanligvis medfører». Human fangebehandling er videre et grunnleggende hensyn og nedverdiggende behandling av de innsatte er ikke tillatt, jf. bl.a. Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 art. 3.

Fengselet har i brev til regionen redegjort for forholdene i prøverommet. Det fremgår at rommet er 2 m<sup>2</sup> stort og inneholder urinal, radiator, en krakk og noe lesestoff. Ifølge fengselet er det ikke noe annet i rommet. I brevet herfra var det stilt spørsmål om eventuell tilgang til teppe. Dette er verken berørt av fengselet eller regionen, men slik fengselet har formulert seg, legger jeg til grunn at det ikke er tilgang til teppe i rommet.

Etter min mening vil det ikke være akseptabelt at den innsatte skal måtte oppholde seg naken i et slikt rom over noe tid uten mulighet til å dekke seg til med teppe eller få tilgang til klær. Et slik behandlingsmåte vil meget raskt måtte karakteriseres som nedverdiggende. Rommet fremstår for øvrig som så vidt lite at det uansett ikke vil være egnet til opphold ut over det som er nødvendig for prøvetakingen, selv om det gis tilgang til teppe eller klær. Jeg legger på bakgrunn av svaret hit til grunn at heller ikke regionen anser det som akseptabelt at den innsatte skal måtte oppholde seg naken under slike forhold i ventetid før avgivelse av urinprøve. I denne forbindelse har jeg merket meg regionens anbefaling til fengselet om å etablere rutiner som tilsier at innsatte som ønsker det får utdelt anstalttøy etter å ha kledd seg naken, og eventuelt får anledning til å sitte på et annet rom i en mellomperiode før avgivelse av urinprøve. Dette synes for meg å kunne være en egnet fremgangsmåte for å gjennomføre slike prøver på en så skånsom måte som mulig for de innsatte, samtidig som behovet for å forhindre mulig manipulasjon ivaretas. Rutinen som her er skissert er ifølge regionen vanlig ved flere andre fengsler, og dette må dermed antas å kunne gjennomføres uten vesentlige vanskeligheter også ved Sem fengsel.

Jeg forutsetter at fengselet straks iverksetter de nødvendige rutineendringer, dersom dette ikke allerede er gjort. Videre vil jeg oversende denne uttalelsen til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning og be-

om at det vurderes å gi nærmere bestemmelser om dette i retningslinjene til straffegjennomføringsloven.

I det foreliggende tilfellet oppholdt den innsatte seg ikke naken over noe tid i prøvetakingsrommet fordi han ganske raskt sa fra at han ikke klarte å avgi prøven. Det fremgår av hendelsesrapporten, og er også fremhevet av den innsatte i ettertid, at dette skyldtes at han etter egne opplysninger akkurat hadde vært på toalettet da han ble bedt om å avgi urinprøve. Han ble orientert om at han måtte bli sittende naken i prøvetakingsrommet og at noe annet ville bli betraktet som ordrenekt. Til tross for dette valgte han å gå tilbake til sin avdeling ettersom han fant det nedverdiggende å skulle vente naken under slike forhold.

Ettersom den innsatte faktisk ikke måtte sitte naken over noe tid i prøvetakingsrommet, kan han vanskelig sies å ha blitt behandlet på en nedverdiggende måte som har medført «særlig ubehag» for ham. Dette ville imidlertid fort ha kunnet blitt konsekvensen dersom han hadde blitt sittende i prøvetakingsrommet. Slik situasjonen og forutsetningene fremsto for den innsatte kan det derfor synes som han hadde en berettiget grunn til å nekte å bli sittende på prøverommet. Det er for øvrig ikke holdpunkter for at det ble gjort forsøk på å imøtekomme hans innvendinger mot å måtte vente i naken tilstand. Etter dette knytter det seg etter min mening begrunnet tvil til om det i dette tilfellet var rettmessig å ilegge den innsatte reaksjon for nektelse av å avgi urinprøve. Jeg ber Kriminalomsorgen region sør vurdere om reaksjonen bør opprettholdes.

### *3. Straffegjennomføringsloven § 37 som hjemmel for utelukkelse fra fellesskapet*

Kriminalomsorgen region sør har beklaget at verken Sem fengsel eller regionen registrerte at den innsattes klage også omfattet vedtaket om å utelukke ham fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Beklagelsen er på sin plass. Jeg har merket meg at spørsmålet etter foreleggelsen herfra ble gjort til gjenstand for eget vedtak 20. april 2007, og finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd gir kriminalomsorgen adgang til å beslutte at en innsatt helt eller delvis skal utelukkes fra fellesskapet med andre innsatte dersom det er nødvendig, bl.a. for å opprettholde ro, orden og sikkerhet, jf. bokstav e. Videre åpner straffegjennomføringsloven § 39 for slik utelukkelse i inntil 24 timer dersom det er sannsynlig at en innsatt har begått en handling som kan føre til reaksjon etter § 40 (bl.a. tap av begunstigelse og utelukkelse fra fritidsfellesskapet). Ifølge regionen har Sem fengsel opplyst at det normalt ville ha vært mest nærliggende å anvende § 39 i et slikt tilfelle, men at § 37 første ledd bokstav e ble anvendt fordi den innsatte var en av fem eller seks personer som ble besluttet utelukket på grunn av urinprøve-



nekt for å opprettholde ro, orden og sikkerhet, etter at fengselet hadde gjennomført en større aksjon hvor hele avdelingen ble avkrevd urinprøve.

Slik saken nå er opplyst etter undersøkelsen herfra, kan jeg ikke se at det er grunnlag for å rette avgjørende innvendinger mot at Sem fengsel benyttet § 37 første ledd bokstav e som hjemmel for utelukkelse fra fellesskapet i dette tilfellet.

#### 4. Utmålingen av den endelige reaksjonen

Det følger av forskrift til straffegjennomføringsloven § 3-35 at utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 kommer til fradrag i en eventuell etterfølgende reaksjon etter straffegjennomføringsloven § 40 annet ledd bokstav c - e. I henhold til KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v. pkt. 3.43 skal «1 dag med hel utelukkelse fra fellesskapet tilsvare 2 dagers utelukkelse fra fritidsfellesskap» ved etterfølgende reaksjon i medhold av straffegjennomføringsloven § 40 bokstav d.

Spørsmålet om avkorting i en etterfølgende reaksjon for utelukkelse fra fellesskapet for en periode som utgjør mindre enn et helt døgn, synes ikke å være direkte regulert. Regionen har sluttet seg til Sem fengsels vurdering om at det ved utmålingen må kunne foretas et skjønn i det enkelte tilfellet, og at det i denne saken ikke var grunnlag for å gi én dag ekstra i avkorting for de to timene utelukkelsen av den innsatte oversteg ett døgn.

Jeg har ikke grunnlag for å rette innvendinger mot at det i dette tilfellet ikke ble gitt ytterligere avkortning på grunnlag av det påbegynte døgn. Den nærmere grensen for når deler av et døgn eventuelt skal gi grunnlag for avkortning, har jeg ikke foranledning til å gå inn på her.»

I brev til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) samme dag ga jeg uttrykk for at den manglende reguleringen av hvordan den innsatte skal behandles i tilfeller der han ikke lykkes med å avgi urinprøve umiddelbart etter avkledning, utgjør en mangel ved retningslinjene til straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften. Jeg ba KSF om å treffe de nødvendige tiltak med tanke på å gi en nærmere regulering av disse spørsmålene.

KSF oversendte senere kopi av likelydende brev som var sendt til regionene i kriminalomsorgen. Det fremgikk av brevet at KSF i første omgang anså det som mest hensiktsmessig å gi utfyllende bestemmelser (instruks) om hvordan retningslinjene til straffegjennomføringsloven og forskriften punkt 3.32 skal tolkes. KSF opplyste imidlertid at det også ville bli vurdert å ta med innholdet i instruksene ved neste revisjon av retningslinjene.

I brevet ga KSF uttrykk for at et forbud mot at innsatte må oppholde seg nakne utover den tiden det tar å avgi urinprøve følger av retningslinjene punkt 3.32 avsnitt «Urinprøve, utåndingsprøve, blodprøve m.v.», hvor det fremgår at krenkelse av bluferdighet

utover det som er nødvendig for å avgi urinprøve på en betryggende måte, er å regne som «særlig ubehag» som ikke må forekomme. Det ble også vist til avsnittet «Innledende bestemmelser» der det heter at «(u)ndersøkelsen skal ikke være mer inngripende enn nødvendig». KSF hadde imidlertid merket seg behovet for nærmere regulering av forståelsen av retningslinjene, og på bakgrunn av dette ble følgende presisering gitt:

«Innsatte som velger å avgi urinprøve uten tilsyn, skal ta av seg alt tøy under tilsyn. Deretter skal de lukkes inn i et såkalt «nakent» prøvetakingsrom alene. Hvis en innsatt i en slik situasjon opplyser om at han av en eller annen grunn ikke klarer å avgi prøve akkurat da, men ønsker å prøve noe senere, skal han etter nærmere bestemmelser av leder av driftsenheten, tilbys klær å ha på seg i ventetiden. Den innsatte skal gis rimelig tid til å avgi prøven før det anses som urinprøvenekt.»

KSF ba regionene om å viderebringe denne forståelsen av regelverket til driftsenhetene og bidra til utarbeidelse av gode lokale rutiner som ivaretar hensynet til en human fangebehandling og oppfyllelse av vilkåret om at tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig.

## Utlendingssaker

### 65.

#### Utlendingsdirektoratets saksbehandlingstid i sak om visum og oppheving av bestående innreiseforbud

(Sak 2007/109)

*As søknad om visum ble først avgjort av Utlendingsdirektoratet etter en saksbehandlingstid på mer enn ett år og fire måneder. Fordi klageren var underlagt et innreiseforbud etter en tidligere utvisning, ble visumsøknaden også ansett som en søknad om oppheving av innreiseforbudet. Det tok mer enn tre måneder før saken ble oversendt til riktig enhet i direktoratet, og A ble ikke informert skriftlig om hvilken betydning dette ville få for saksbehandlingstiden.*

*Ombudsmannen understreket viktigheten av at det så snart som mulig blir avklart om det foreligger forhold som gjør at en søknad skal behandles av en annen enhet i direktoratet. Det hadde vært på sin plass med en beklagelse til A fordi direktoratet brukte lang tid på dette. Videre uttalte ombudsmannen at klageren burde ha fått oppdatert skriftlig informasjon om forventet saksbehandlingstid i forbindelse med oversendelsen av saken. Det ble understreket at en søker også må ha krav på informasjon under sakens gang i de tilfellene der vedkommende er bosatt i utlandet og informasjonen om den forventede saksbehandlingstiden er formidlet gjennom norsk uten-*

*riksstasjon. Ombudsmannen forutsatte at også direktoratet legger til grunn at skriftlige henvendelser under sakens gang i utgangspunktet skal besvares skriftlig.*

A klaget i januar 2007 hit over manglende svar på sin søknad om visum til Norge. Søknaden var innlevert ved den norske ambassaden i klagerens hjemland i januar 2006. A viste til at han ikke hadde mottatt noen form for skriftlig tilbakemelding fra norske utlendingsmyndigheter i løpet av det året som hadde gått siden innleveringen av søknaden, til tross for at han hadde purret på svar i brev til ambassaden i november 2006.

På bakgrunn av klagen ble det i første omgang tatt kontakt med Utlendingsdirektoratet per telefon for å få opplyst status i saken. Det ble fra direktoratets side opplyst at saken ble oversendt fra visumenheten til utvisningsenheten i mai 2006 fordi klageren var underlagt et innreiseforbud som ville måtte oppheves dersom han eventuelt skulle kunne innvilges visum. Den lange saksbehandlingstiden ble forklart med stor arbeidsmengde i utvisningsenheten.

Det ble funnet grunn til å undersøke saksbehandlingen nærmere og direktoratet ble bedt om å redegjøre skriftlig for behandlingen av visumsøknaden fra det tidspunktet den ble innlevert ved ambassaden. Direktoratet ble bedt om å kommentere saksbehandlingstiden i de ulike leddene av saksbehandlingen og samlet sett. Det ble særskilt bedt om en redegjørelse for hvorfor saken først ble oversendt til utvisningsenheten for vurdering i mai 2006. Endelig ble direktoratet bedt om å opplyse når vedtak i saken kunne forventes og redegjøre for hvorfor klagerens henvendelser i saken ikke var besvart.

I svaret hit redegjorde direktoratet kort for de ulike sakene A har hatt til behandling hos utlendingsmyndighetene i perioden 1982 til 2007. Videre ble det redegjort for hvilke rutiner som gjelder for behandling av visumsøknader der søkeren tidligere er utvist fra riket og er underlagt et bestående innreiseforbud. Om dette uttalte direktoratet bl.a. følgende:

«Når den som fremsetter en søknad har et gjeldende innreiseforbud, blir visumsøknaden ... tolket som en samtidig søknad om opphevelse av innreiseforbudet i henhold til utlendingsloven § 29 fjerde ledd, jf utlendingsforskriften § 124 annet ledd. I utgangspunktet ligger kompetansen til å innvilge visum hos utenriksstasjonene, men dersom utenriksstasjonen finner grunn til å avslå søknaden, sendes den over til Utlendingsdirektoratet ved Visumenheten for behandling. I saker der det foreligger et gyldig innreiseforbud, skal saken oversendes fra Visumenheten til Utvisningsenheten for vurdering av opphevelse av innreiseforbudet, før det tas stilling til selve visumsøknaden.»

Om behandlingen av As søknad uttalte direktoratet videre:

«I denne saken har ikke rutinen blitt fulgt fullt ut, da man ved en inkurie ikke umiddelbart har klart å fange opp at søkeren hadde et gjeldende innreiseforbud da søknaden om visum ble registrert innkommet til Utlendingsdirektoratet. Dette medførte at søknaden først ble lagt til ordinær behandling i Visumenheten. Først den 30.05.2006 ble saken oversendt Utvisningsenheten til vurdering og sak om opphevelse av innreiseforbudet ble opprettet den 31.05.2006.»

Direktoratet opplyste at den generelle saksbehandlingstiden i utvisningsenheten for saker om opphevelse av innreiseforbud er i overkant av ett år, og at søknadene blir behandlet etter når de er fremstilt med mindre det foreligger grunnlag for å prioritere den aktuelle søknaden. I forhold til As søknad het det at den generelle saksbehandlingstiden ikke var oversteget, selv tatt i betraktning at saken hadde vært hos flere enheter. Det ble også vist til at det ikke ble ansett å foreligge særlige behov som tilsa at søknaden burde prioriteres, ettersom den gjaldt «et ordinært besøk til hans datter».

Ifølge direktoratet mottok den norske ambassaden en purring fra A i november 2007. På bakgrunn av dette skulle han ifølge opplysninger gitt av ambassaden ha blitt orientert muntlig om saksbehandlingstiden uten at dette var registrert i utlendingsforvaltningens saksbehandlingssystem (DUF).

På spørsmålet om når vedtak i saken kunne forventes å foreligge, opplyste direktoratet at den kunne «påregnes behandlet innen utgangen av mars 2007».

A kom med merknader til direktoratets svar, og anførte at han burde ha vært underrettet når søknaden ble oversendt fra visumenheten til utvisningsenheten i mai 2006. Han viste for øvrig til en vedlagt kopi av purringen til ambassaden i november 2006 og avviste at han i denne forbindelse hadde hatt noen muntlig samtale med ambassaden eller fått noen skriftlig tilbakemelding.

Visumsøknaden ble avslått av direktoratet i vedtak 17. april 2007. A kom senere med merknader i flere brev hit, som i hovedsak knyttet seg til det materielle utfallet av visumsaken. Hans klage over avslaget var på tidspunktet for ombudsmannens avslutning fortsatt under behandling i Utlendingsdirektoratet.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«As søknad om visum ble innlevert 12. januar 2006 ved Den norske ambassaden i X. I Utlendingsdirektoratets svar hit 16. februar 2007 er søknadsdatoen oppgitt til 12. februar 2006, men dette må skyldes en inkurie. Det fremgår at søknaden er innstempelt ved ambassaden 12. januar 2006 og A har også fremlagt kopi for betalt visumgebyr med samme dato. Søknaden ble først avgjort av direktoratet 17. april 2007. Den samlede behandlingstiden i visumsaken har dermed vært på mer enn ett år og fire måneder.

Jeg har i flere tidligere saker understreket viktig-

heten av at det så snart som mulig blir avklart om det foreligger forhold som gjør at en søknad skal behandles av en annen enhet i direktoratet, slik at ansvaret for saksbehandlingen kan plasseres der det hører hjemme. I dette tilfellet ble søknaden mottatt av direktoratet 20. februar 2006, men den ble først oversendt til utvisningsenheten 30. mai 2006. Det tok således i overkant av tre måneder fra søknaden kom inn til direktoratet til den ble oversendt til utvisningsenheten, som rett enhet i direktoratet. Ifølge direktoratet skyldes det «en inkurie» at det ikke umiddelbart etter at søknaden kom inn til direktoratet ble fanget opp at søkeren hadde et gjeldende innreiseforbud. Hva denne «inkurie» skyldes er det ikke opplyst noe om. Direktoratet har heller ikke beklaget dette, noe som her hadde vært på sin plass.

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a tredje ledd at forvaltningen i saker som gjelder enkeltvedtak, skal sende parten et foreløpig svar dersom saken ikke kan avgjøres innen en måned etter at den er mottatt. I det foreløpige svaret skal det så vidt mulig opplyses når svar kan forventes, og redegjøres for hvorfor henvendelsen ikke kan behandles tidligere. I den grad det er usikkert hvor lang saksbehandlingstiden vil bli, kan forvaltningsorganet ta nødvendige forbehold.

I de tilfellene der visumsøknader inngis ved en norsk utenriksstasjon er det den aktuelle utenriksstasjonen som er ansvarlig for å gi søkerne informasjon som tilfredsstillende kravene i forvaltningsloven § 11 a. Ifølge Utlendingsdirektoratets rundskriv RS 02-138 skal utenriksstasjonene ved mottak av søknader utlevere en oppdatert oversikt over saksbehandlingstidene i direktoratet, der den aktuelle sakstypen er avkrysset.

I 2004 gjennomførte jeg av eget tiltak en undersøkelse av enkelte saksbehandlingsrutiner i Utlendingsdirektoratet, se sak 2004/1281 som er omtalt i årsmeldingen for 2004 s. 166-172 (SOMB-2004-41). Ved avslutningen av saken uttalte jeg om rutinefor informasjon til søkere med utenlandsk adresse at «[f]orutsatt at utenriksstasjonen gir søkerne skriftlig informasjon slik som forutsatt i direktoratets rundskriv RS 02-138, og denne informasjonen tilfredsstillende kravene i forvaltningsloven § 11 a annet ledd, har jeg ikke funnet grunn til å be direktoratet om å endre sine rutiner på dette punkt». Videre uttalte jeg på generelt grunnlag:

«God forvaltningsskikk tilsier at parten orienteres dersom de opplysninger om forventet saksbehandlingstid som er angitt i det foreløpige svaret, ikke kan overholdes. Direktoratet må derfor søke å avbøte de mangler som eksisterer i DUF ved at andre muligheter for å varsle om forsinkelser i saksbehandlingen tas i bruk. Særlig er dette nødvendig i de tilfellene der saksbehandlingstiden av ulike grunner viser seg å bli vesentlig lenger enn først antatt.»

Søkerens krav på informasjon under sakens gang må i utgangspunktet også gjelde i de tilfellene der

vedkommende er bosatt i utlandet og informasjonen om den forventede saksbehandlingstiden er formidlet gjennom norsk utenriksstasjon.

Hvilken informasjon A eventuelt fikk fra Den norske ambassaden i X i forbindelse med innleveringen av visumsøknaden er ikke nærmere opplyst. I den grad han har blitt orientert om forventet saksbehandlingstid i samsvar med prosedyren i rundskriv RS 02-138, antas det imidlertid at han er blitt informert om forventet saksbehandlingstid i *visumsaker*. I dag er denne på fem måneder, mens forventet saksbehandlingstid i utvisningsenheten etter det opplyste er i overkant av ett år. Den faktiske saksbehandlingstiden i den foreliggende saken har for øvrig vært på mer enn ett år og fire måneder.

Spørsmålet om en eventuell oppheving av innreiseforbudet måtte her vurderes av utvisningsenheten før det ble tatt stilling til visumsøknaden. Det må legges til grunn at A var klar over at saken ville måtte vurderes som et spørsmål om opphevelse av innreiseforbudet, ettersom han har søkt om visum til Norge en rekke ganger siden han ble utvist i 1995 og er vel kjent med innreiseforbudet. Hvorvidt han dermed hadde forutsetninger for å forstå at dette ville innebære en vesentlig lengre saksbehandlingstid enn for ordinære visumsaker, fremstår som mer uklart.

På det tidspunktet saken ble overført fra visumenheten til utvisningsenheten, var den samlede saksbehandlingstiden allerede i ferd med å overstige den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for visumsaker. Det måtte videre fremstå som klart at på grunn av den lange saksbehandlingstiden i utvisningsenheten ville den videre saksbehandlingen trekke ut i tid. I lys av dette, og det forhold at saken ved en «inkurie» hadde blitt liggende i flere måneder før oversendelsen til utvisningsenheten, burde det på dette tidspunkt ha vært gitt oppdatert informasjon til A om den videre saksbehandlingen og forventet behandlingstid. Det er ikke holdepunkter for at det ble gitt slik informasjon skriftlig. Derimot skal det ha blitt gitt muntlig informasjon om saksbehandlingstiden i en telefonsamtale med en representant for Fri rettshjelp.

Ifølge direktoratet fremgår det av DUF at Den norske ambassaden i X mottok en purring fra søkeren 13. november 2006, som etter det opplyste skal ha blitt besvart muntlig av ambassaden uten at dette er registrert i DUF. Dette er bestridt av klageren i brev hit 1. mars 2007. Ved avslutningen av sak 2004/1281 (SOMB-2004-41) understreket jeg overfor direktoratet at de behov søkerne ofte vil ha for ytterligere informasjon under sakens gang stiller krav til håndteringen av muntlige og skriftlige henvendelser. Jeg har tidligere i brev til Utlendingsdirektoratet understreket at forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a annet ledd forutsetter at skriftlige henvendelser til forvaltningen skal besvares skriftlig. Dette følger også av generelle prinsipper om god forvaltningsskikk.

I denne saken har direktoratet fremholdt at kla-

geren har fått muntlig orientering om forsinkelsene i saksbehandlingen ved sin henvendelse til ambassaden. Undersøkelsene herfra gir imidlertid grunn til å stille spørsmål om denne informasjonen har vært tilstrekkelig. Jeg forutsetter at direktoratet i sin saksbehandling legger til grunn at henvendelser til forvaltningen skal besvares, og at skriftlige henvendelser normalt vil bli besvart skriftlig. Der direktoratet forutsetter at informasjon formidles gjennom norsk utenriksstasjon må dette også gjelde henvendelser om saken som rettes til den aktuelle utenriksstasjonen.

I lys av den lange saksbehandlingstiden i denne saken, forutsetter jeg at direktoratet nå gir klagesaksbehandlingen prioritet. Ut over disse merknadene finner jeg å kunne la saken bero med den redegjørelsen som direktoratet har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

## 66.

### Familiegjenforening. Kravet om å bo sammen – dokumentasjon av identitet

(Sak 2006/1130)

*Søkeren fikk avslag på sin asylsøknad. Mens klagesaken var under behandling, giftet han seg med en norsk kvinne og søkte om arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed. Søknaden ble avslått fordi det ikke var sannsynliggjort at ektefellene bodde sammen. Søkeren hadde dessuten ikke fremlagt pass eller annet identitetsdokument som bekreftet hans identitet.*

*Ombudsmannen konkluderte med at det heftet usikkerhet ved nemndas vurdering av «bo sammen»-kravet i utlendingsforskriften. Saken var ikke tilstrekkelig opplyst av utlendingsmyndighetene på dette punktet. Videre var det uheldig at søkeren ikke syntes å ha blitt bedt skriftlig om å fremskaffe dokumentasjon på sin identitet før avslaget ble fattet.*

A fikk i 2004 avslag fra Utlendingsdirektoratet på sin søknad om asyl. Han giftet seg senere med en norsk borger og søkte om arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed. Søknaden ble avslått av Utlendingsdirektoratet ettersom direktoratet fant at ektefellene ikke «bor sammen». Den norske ektefellen bodde på dette tidspunktet i X mens søkeren hadde opphold og arbeid i en annen by (Y). A flyttet straks etter avslaget til sin ektefelle og klaget på vedtaket, som ble opprettholdt av Utlendingsnemnda. Nemnda fant det heller ikke sannsynliggjort at partene bodde sammen. Et annet grunnlag for avslaget var at A ikke hadde fremlagt dokumentasjon på sin identitet. Flere omgjøringsbegjæringer fra A ble avslått av nemnda.

I klagen til ombudsmannen ble det blant annet anført at det forelå «faktamanipulering» fra utlendingsmyndighetenes side og politiets arbeid knyttet til utførte bostedskontroller ble kritisert.

Saken ble tatt opp med Utlendingsnemnda, som ble bedt om å redegjøre for sakens faktiske sider. Videre ble det stilt spørsmål knyttet til manglende dokumentert identitet som selvstendig avslagsgrunn og til behandlingsformen i nemnda.

I svaret fra Utlendingsnemnda het det blant annet:

*«Nemndas praktisering av kravet i utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a om at partene skal bo sammen*

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 ekteenskapelig 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. Nemnda har også avslått saker der en av partene skal i fengsel eller oppholde seg på institusjon. Vilkåret om å bo sammen er ment å være reelt, og betydningen av denne type fravær må vurderes konkret i hver sak.

Nemnda vektlegger også hvorvidt partene i det hele tatt har utøvd et etablert samliv. Hensyn som kan tale for å anse kravet for oppfylt er at det er tale om kortvarig begrensning i samlivet som følge av helt spesielle omstendigheter (for eksempel kurs). Forhold som normalt ikke godtas, er at samlivet har et begrenset omfang og partene ikke har dokumentert muligheten til å utøve et mer omfattende samliv i fremtiden.

1. Hvorfor konkluderte nemnda med at partene ikke bodde sammen i perioden fra ekteskapsinngåelsen til november 2005?

Nemnda kom til at partene ikke hadde bodd sammen i denne perioden med bakgrunn i det følgende:

Klagerens ektefelle opplyste i intervju den 08.09.2005 at partene ikke bodde sammen. Hun opplyste i samme intervju:

*«Søker kom som asylsøker til Norge i 2003. Han bodde først på asylmottaket på ..., og han ble overflyttet til ... asylmottak i 2005. Det ble søkt om overflytting til asylmottak i X-regionen, men dette ble ikke innvilget. I midten av juli i år (2005) fikk søker et vikariat ved ... i Y. Stillingsandelen er noe varierende, men han har stadig fått flere og flere arbeidstimer. Han bor nå på Y .... Referansen har søkt om adresseendring for søker til X.»*

Klagerens ektefelle sier under intervjuet intet om at partene faktisk har bodd sammen i løpet av denne perioden. Tvert imot går det frem at partene ikke har bodd sammen i denne perioden, men at klageren søkte om overflytting til X-regionen

og ikke fikk dette innvilget. Det sies herunder ingenting om partene bodde sammen mens klageren søkte jobb. Nemnda har således lagt til grunn at partene ikke har bodd sammen i denne perioden.

Det bemerkes at også Utlendingsdirektoratet la dette faktum til grunn i sitt vedtak den 20.10.2005. Fra direktoratets vedtak hitsettes:

«... I følge forklaringen fra herboende har ikke partene bodd fast sammen. Herboende har ikke vært i arbeid siden april 2004, og mottar rehabiliteringspenger fra Trygdeetaten.»

I klage datert den 27.11.2005 opplyste klageren følgende:

«Etter at vi giftet oss 23.03.05 var jeg i ... mottak for en liten stund. Jeg dro etterpå til min kone i X og der søkte vi om adresseforandring hos folkeregisteret. Vi trodde da at alt var i orden. Jeg søkte på mange jobber i X men uten resultat. Så var jeg så heldig og fikk jobb hos ... Y.»

Nemnda bemerker at det ikke går frem av klagen at partene faktisk bodde sammen i denne perioden, eller hvilken periode det er snakk om. Ordlyden i klagen «... jeg dro etterpå til min kone i X» kan ikke anses å klargjøre at partene faktisk bodde sammen. Dersom partene hadde bodd sammen i en kort periode mens klageren søkte arbeid, ville det uansett ikke ha vært tilstrekkelig for å anse at partene har bodd sammen i utlendingsforskriftens forstand, jf. redegjørelsen overfor.

Videre påpekes det at det av telefaks datert den 26.10.2005 fra ... mottak ble opplyst at klageren ble meldt forsvunnet fra mottaket den 21.09.2005, men at han senere opplyste at han hadde flyttet til sin ektefelle. Det faktum at klageren ble meldt forsvunnet i september 2005 indikerer at han bodde på mottaket i hele perioden fra ekteskapsinngåelsen frem til da partene selv opplyste at de flyttet sammen. Partene har ikke anført at de bodde sammen og at klageren flyttet inn på mottak etter dette. Det faktum at ... mottak meldte fra i september 2005, tilsier derfor at klageren først flyttet fra mottaket på denne tiden og ikke bodde sammen med sin ektefelle i noen periode før dette.

Nemnda bemerker videre at det ikke er uvanlig at partene endrer tidligere uttalelser etter avslag hos Utlendingsdirektoratet. Klageanførsler som står i direkte motstrid til tidligere anførsler er vanlig, og kan derfor i mange tilfeller ikke legges til grunn ved avgjørelsen av saken. Det avgjørende må være om det også foreligger andre omstendigheter, dokumentasjon el. som er egnet til å sannsynliggjøre at partenes opplysninger i klageomgangen er korrekte.

Nemnda vil endelig bemerke at det ikke finnes noen objektivt konstaterbare tegn på at partene i det hele tatt har bodd sammen etter ekteskapsinngåelsen. Alle objektive omstendigheter i saken indikerer at partene ikke har bodd sammen, og de tre forsøkene på bostedskontroller må også anses å indikere at partene ikke har bodd sammen. Det eneste i saken som tilsier at partene har bodd sammen, er partenes egne uttalelser.»

Klagerens fullmektig (Rådgivningsgruppa) opplyste at A bor sammen med sin ektefelle og regnes inn i hennes familiefellesskap. Dette ble søkt doku-

mentert. Det ble anført at politiets bostedsobservasjoner ikke kunne tas til inntekt for at partene ikke bodde sammen på det aktuelle tidspunktet.

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

#### *«1. Familiegjenforening - rettslig utgangspunkt*

Etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 9 første ledd har de nærmeste familiemedlemmene til norsk borger som er bosatt i riket rett til arbeids- eller oppholdstillatelse på visse vilkår. Dette er gjentatt og presisert i utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 22. Begrepet «nærmeste familiemedlemmer» er definert i forskriftens § 23. Ektefelle over 18 år går inn under dette begrepet. Det fremgår av første ledd bokstav a at det er «et vilkår at ektefellene skal bo sammen».

Utlendingsnemnda har redegjort for sin praksis ved håndhevingen av kravet om å «bo sammen». Som det fremgår av sitatet ovenfor, forstås kravet i utgangspunktet bokstavelig. De foreliggende opplysningene i hver sak «må vurderes helhetlig» og det er «vanskelig å oppstille spesifikke krav som forholdet kan måles opp mot». Jeg har ingen merknader til dette generelle utgangspunktet.

#### *2. Den konkrete vurderingen*

*2.1* Det er opplyst at vigselsattest er fremlagt, og nemnda har lagt til grunn at det foreligger et formelt gyldig ekteskap. Det sentrale punktet i saken er derfor om partene tilfredsstilte vilkåret om å bo sammen på tidspunktet for henholdsvis Utlendingsdirektoratets og Utlendingsnemndas vedtak.

Nemnda har bygget på at partene ikke bodde sammen fra ekteskapsinngåelsen frem til november 2005, da søkeren flyttet fra Y til X etter Utlendingsdirektoratets avslag på søknaden. På spørsmål herfra har nemnda redegjort for sin vurdering av de faktiske forholdene i denne perioden. Ut fra den generelle fortolkningen av forskriftsbestemmelsen, og etter en gjennomgang av argumentasjonen og dokumentene i saken, har jeg ikke holdepunkter for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot nemndas konklusjon på dette punktet.

Jeg må likevel påpeke betydningen av at referansen i slike saker - her den norske ektefellen - får anledning til å gi en fyllestgjørende forklaring og at de sentrale temaene belyses tilstrekkelig. Polititintervjuet med referansen er lite detaljert og det fremgår ikke at hun ble spurt om søkeren bodde hos henne i en periode før han reiste til Y. Nemnda har i sitt svarbrev hit fremholdt at hun «sier ... intet om at partene faktisk har bodd sammen i denne perioden», men at det tvert imot går frem «at partene ikke har bodd sammen». Jeg kan ikke se at dette kan utledes fra referansens forklaring, som er kortfattet på dette punktet. Når det sentrale temaet i saken er om partene bor eller skal bo sammen, er det etter mitt syn utlen-

dingsmyndighetenes (herunder politiets) ansvar å få belyst dette på en skikkelig måte. Det kan ikke forventes at verken utlendingen eller den norske ektefellen skal ha kjennskap til for eksempel «bo sammen»-vilkåret og på eget initiativ gi en fyllestgjørende forklaring omkring dette. Jeg viser her til myndighetenes plikt til å få saken tilstrekkelig opplyst, jf. utlendingsloven § 32 og forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17.

Jeg har også vanskelig for å følge nemndas argumentasjon knyttet til varselet fra ... mottak. Det er ikke gitt noen opplysninger om mottakets varslingsrutiner. Ektefellene har opplyst at søkeren flyttet til Y allerede i juli måned. Det er da vanskelig å se at meldingen 21. september 2005 om at søkeren var forsvunnet «tilsier ... at klageren først flyttet fra mottaket på denne tiden og ikke bodde sammen med sin ektefelle i noen periode før dette», slik nemnda uttaler.

2.2 I perioden fra november 2005 og frem til Utlendingsnemndas vedtak har ektefellene opplyst at de bodde sammen i referansens leilighet i X. Nemnda har ikke funnet opplysningen sannsynliggjort. I klagevedtaket heter det om dette:

«Det vises til det som fremkommer av politirapporten av 29.03.2006, der politiet hadde forsøkt å gjennomføre tre bostedskontroller henholdsvis den 06.03.2006, den 09.03.2006 og den 29.03.2006. Ingen av partene var tilstede ved noen av kontrollene, men en nabo uttalte både den 06.03.2006 og den 29.03.2006 at referansen mest sannsynlig var hjemme idet hun vanligvis var hjemme på dagen. Det fremgikk videre av rapporten at en nabo hadde observert en utlending i leiligheten i ny og ne, men at han ikke hadde blitt observert ved leiligheten de siste fire til fem ukene. Av politirapporten fremgikk det at referansen ringte politiet én time etter bostedskontrollen den 29.03.2006 og opplyste at klageren var hos en kamerat, men at han ville være hjemme på lørdag. Nemnda finner på bakgrunn av politirapporten, samt de øvrige omstendighetene i saken at det ikke er sannsynliggjort at partene bor sammen.

Nemnda har sett hen til at partene har opplyst at de var hos klagerens svigermor i perioden fra 27.02.2006 til 19.03.2006. Når det gjelder partenes forklaringer på hvor de befant seg på tidspunktet for den siste bostedskontrollen, foreligger det imidlertid uoverensstemmelser. Det vises til at partene opplyste at referansen den 29.03.2006 hadde vært hos lege, mens klageren var på biblioteket. I brev av 18.04.2006 opplyste imidlertid partene at klageren hadde vært hos en kamerat på dette tidspunktet. Den motstrid som foreligger i forklaringene er ikke egnet til å sannsynliggjøre at partene bor sammen.»

På anmodning herfra om en nærmere begrunnelse for nemndas syn og en redegjørelse for sakens opplysning, uttalte nemnda i sitt svarbrev hit:

«Nemnda vil innledningsvis bemerke at det ikke er uvanlig at parter innretter seg i klageomgangen, herunder at de tilpasser klagen til UDIs avslag, eller ved at de flytter sammen, samkjører

forklaringer, fremlegger vitneuttalelser osv. Utgangspunktet for at nemnda kan legge til grunn at partene i en sak bor sammen, er at det finnes konstaterbare tegn på at partene rent fysisk bor sammen, og ikke kun partenes egne uttalelser. I de tilfellene nemnda har mistanke om at partene ikke bor sammen på bakgrunn av de opplysningene som ligger i saken, anmoder nemnda politiet om å foreta en bostedskontroll.

I denne saken ønsket nemnda å klargjøre hvorvidt partene faktisk bodde sammen gjennom en bostedskontroll. ... politidistrikt oppsøkte den oppgitte adressen ved tre anledninger, men partene var ikke til stede ved noen av anledningene. Det bemerkes fra nemndas side at det er uvanlig at politiet må forsøke å gjennomføre en bostedskontroll tre ganger uten resultat. Det fremgikk av rapporten at en nabo uttalte at herboende referanse antageligvis var hjemme eller ute et lite øyeblikk da hun vanligvis var hjemme på dagen. Naboen uttalte dessuten at det var observert en mann i leiligheten i ny og ne, men at det var lenge siden han hadde blitt observert der. Nemnda lå på bakgrunn av dette, sammenholdt med de øvrige opplysningene i saken, til grunn at det var mer sannsynlig at partene ikke bodde sammen enn at de gjorde det.

Nemnda vil videre bemerke at referansen oppga i telefonsamtale med politiet samme dag som den siste bostedskontrollen, at klageren var hos en kamerat og ville komme tilbake på lørdag. I brev fra Rådgivningsgruppa datert den 14.04.2006 ble det imidlertid opplyst at klageren hadde vært på biblioteket. I brev av 18.04.2006 opplyste klageren igjen at han hadde vært hos en kamerat. Da nemnda i sitt vedtak påpekte at det forelå motstrid på dette punktet, anførte partene at klageren dro direkte fra biblioteket til en kamerat. Nemnda finner at motstrid mellom slike anførsler ikke er egnet til å sannsynliggjøre at klageren snakker sant. Det har dessuten formodningen mot seg at Rådgivningsgruppa informerte om at klageren var på biblioteket dersom han ikke hadde opplyst om dette selv.

Ombudsmannen ber videre om en redegjørelse for hvorfor klageren ikke ble intervjuet av politiet om forhold omkring ekteskapsinngåelsen, samliv og bosted.

Nemnda viser til at det er vanlig prosedyre at herboende referanse blir innkalt til referanseintervju hos politiet. Dersom det er behov for ytterligere oppklaring, er det også vanlig at klageren selv blir innkalt til intervju om samlivet, ekteskapet osv. Nemnda kan i utgangspunktet ikke svare for Utlendingsdirektoratet og politiet vedrørende årsaken til at klageren selv ikke ble innkalt til intervju i denne saken. Det fremgikk imidlertid av referansens intervju av den 08.09.2005 at partene ikke bodde sammen. Dette er en selvstendig avslagsgrunn og det var derfor ikke nødvendig med ytterligere opplysning av saken.

Klageren har også hatt anledning til å komme med tilleggsopplysninger og forklaringer på de opplysninger som allerede forelå i saken og som var relevant for avgjørelsen av søknaden. I tillegg har han vært representert ved advokat i prosessen. Det bemerkes at en utlending også selv har en plikt til å medvirke til sakens opplysning jf. utlendingsloven § 44 annet ledd.

Ombudsmannen ber også om en redegjørelse for hvorfor vitnene i saken ikke har blitt kontaktet i anledning saken.

Nemnda vil bemerke at det ikke er uvanlig at

familie og venner går langt i å støtte sine nærmeste i slike saker. Uttalelser fra disse kan derfor i mange tilfeller ikke tillegges avgjørende vekt. Videre er det slik at dersom de skriftlige opplysningene i saken tilsier at saken ikke er godt nok opplyst, vil det om mulig bli søkt innhentet flere opplysninger før vedtak treffes. I denne saken forelå det allerede skriftlige uttalelser fra familie og venner, og nemnda så derfor ingen grunn til å innhente ytterligere opplysninger fra disse.

Endelig vil nemnda bemerke at vi i vårt vedtak baserte oss på omfattende skriftlige opplysninger som forelå i saken, herunder flere politinterjuer av klagerens ektefelle, politirapporter, uttalelser fra vitner og naboer, samt tre forsøk på bostedskontroller og etterfølgende korrespondanse. Det er også sett hen til situasjonen rundt inngåelse av ekteskapet og søknad om familiegjenforening. Nemnda finner således at saken var godt nok opplyst da vedtak ble fattet.»

Ovennevnte forstås slik at nemnda har foretatt en samlet vurdering av alle forhold i saken, men at bostedskontrollene, uttalelsen fra en nabo og angivelig motstridende forklaringer på hvor søkeren befant seg ved siste bostedskontroll har vært særlig viktig. Jeg vil kort gjennomgå disse tre forholdene nedenfor.

Politiet anser det i sin rapport som «noe påfallende» at ektefellene ikke var hjemme under de tre *bostedskontrollene* foretatt i en periode på ca. tre uker og uttrykker tvil om partene bor sammen. Etter nemndas syn indikerer kontrollene at partene ikke har bodd sammen. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at ektefellenes fravær overhodet kan ha noen betydning i denne sammenhengen. Selv om ingen av ektefellene arbeidet, kunne det ikke uten videre forventes at de var hjemme da politiet foretok sine kontroller, som for øvrig fant sted på samme tid på døgnet (kl. 10.00-10.15). Manglende tilstedeværelse i en bolig ved tre anledninger kan neppe i seg selv tas til inntekt for at de oppgitte boligforholdene ikke er reelle. Det er dessuten gitt en forklaring på fraværet ved de to første kontrollene (3 ukers besøk hos søkerens svigermor), som for øvrig er støttet av innsendte erklæringer. Jeg kan ikke se at det er forhold i saken som tilsier at denne forklaringen ikke er troverdig.

Kort tid etter siste kontroll ringte referansen politiet og sa seg villig til å ta imot besøk. Det er opplyst at hun hadde kommet hjem og fått vite av en nabo at politiet hadde vært der. Politiet dro ikke tilbake og har derfor ikke kunnet observere forholdene i leiligheten. Det ble imidlertid notert at begge ektefellenes navn stod på postkassen.

Uttalelsen fra den ikke navngitte *naboen* er knapp og noe vag, hvilket taler for at opplysningene ikke kan tillegges særlig vekt isolert sett. I politirapporten fremgår det at naboen «mente at ref. nok var hjemme eller at hun bare var ute et lite ærend» og at hun «brukte å være hjemme om dagene». Naboen hadde «i ny og ne ... sett en utlending der også», men ikke «de siste 4-5 ukene». Det er ikke gitt noen nærmere opplysninger om naboen og hennes observa-

sjoner. Politiet har ikke snakket med andre naboer eller husverten, og Utlendingsnemnda har heller ikke søkt å fremskaffe ytterligere opplysninger. Ektefellene og Rådgivningsgruppa har på sin side innsendt erklæringer fra blant annet husverten, som bekrefter at ektefellene bor sammen, og fra den angivelige naboen, som har forklart sin uttalelse under siste bostedskontroll (vedlegg til omgjøringsbegjæring 18. mai 2006). I brev hit har nemnda understreket at uttalelser fra familie og venner «i mange tilfeller ikke tillegges avgjørende vekt». Det er imidlertid ikke gitt noen forklaring på hvorfor det tilsynelatende er sett helt bort fra slike uttalelser i denne saken.

Når det gjelder *ulike forklaringer* på hvor søkeren var ved siste bostedskontroll, har ektefellene redegjort for dette. Det er vanskelig å se at den uoverensstemmelse som hevdes å eksistere kan tillegges særlig vekt, slik forholdene ligger an.

Nemnda har i sitt svar hit, sitert ovenfor, uttalt at «det ikke finnes noen objektivt konstaterbare tegn på at partene i det hele tatt har bodd sammen etter ekteskapsinngåelsen. Alle objektive omstendigheter i saken indikerer at partene ikke har bodd sammen ... Det eneste i saken som tilsier at partene har bodd sammen, er partenes egne uttalelser». Nemnda har her sett helt bort fra erklæringene fra en rekke personer og navn på postkassen. Det er heller ikke tatt høyde for at partene har stilt seg til disposisjon for nærmere informasjon, og at politiet hadde mulighet for å lete etter «objektivt konstaterbare tegn» etter siste bostedskontroll, men unnlot å komme når referansen var hjemme.

I asylsaken fant nemnda at søkerens generelle troverdighet var svekket og asylforklaringen ble ikke funnet sannsynliggjort. Ut fra denne forhistorien og omstendighetene rundt ektefellenes bekjentskap og ekteskap har jeg forståelse for at utlendingsmyndighetene vurderer en etterfølgende søknad om familiegjenforening med et skarpt blikk. Dette må imidlertid ikke hindre at søknaden om opphold på et nytt grunnlag undergis en nøytral gjennomgang og en normal bevisvurdering. Det kan her se ut til at skepsisen til søkerens troverdighet fra asylsaken og til hans motiver for sitt ekteskap har influert på saken om familiegjenforening. Jeg minner for ordens skyld om at hovedtemaet i saken ikke er As motivasjon for sitt ekteskap eller spørsmål om eventuell proforma, men det mer praktiske spørsmålet om ektefellene faktisk bodde sammen på vedtakstidspunktet.

Som påpekt ovenfor, er det klare svakheter ved flere av nemndas sentrale argumenter i vurderingen av «bo sammen»-kriteriet. Selv om konklusjonen ble truffet etter en helhetsvurdering av alle forhold i saken, hefter det derfor usikkerhet ved utfallet av den konkrete vurderingen på dette punktet.

Nemndas konklusjon i klagevedtaket er at det ikke er «sannsynliggjort» at ektefellene bor sammen. Nemnda uttaler at det er «opp til klageren å dokumentere, eventuelt sannsynliggjøre, at vilkårene for

tillatelse i loven og forskriften er oppfylt». Dette kan forstås som en oppfatning om at bevisbyrden hviler på klageren for at han bor sammen med sin ektefelle. Her har ektefellene erklært at de bor sammen og de har vært villige til å underkaste seg politiets bostedskontroll. Det er etter mitt syn klart at det i en slik situasjon er utlendingsmyndighetene som må sannsynliggjøre at det ikke foreligger et reelt bofelleskap. Det er her naturlig å sammenligne situasjonen med saker hvor det er spørsmål om ekteskapet er reelt eller proforma. Det er ikke tvilsomt at det er utlendingsmyndighetene som har bevisbyrden (tvilsrisikoen) for at ekteskapet eventuelt er proforma, jf. blant annet Høyesteretts avgjørelse referert i Rt. 2006 s. 1657.

### 3. Avgjørelsesformen i nemnda

Saken ble avgjort av en nemndleder alene etter forberedelse fra sekretariatet. På spørsmål herfra om valget av avgjørelsesform uttalte nemnda:

«Nemnda bestemmer selv avgjørelsesformen, jf. utlendingsloven § 38b fjerde ledd. Bestemmelsen i utlendingsloven § 38b tredje ledd første punktum innebærer at klage skal behandles i nemndmøte når den byr på vesentlige tvilsspørsmål. Saker som byr på vesentlige tvilsspørsmål kan eksempelvis være der det er tvil om klagerens troverdighet og det kan få avgjørende betydning for sakens utfall om forklaringen legges til grunn, eller det er usikkerhet om sikkerhetssituasjonen eller barns situasjon. Videre kan det være saker som er blant de første nemnda skal etablere praksis for, eller som gjelder nye problemstillinger knyttet til lov eller forskrift.

Nærværende sak falt ikke under noen av disse kategoriene. Det vises til at det sjelden oppstår tvil om hvordan kravet om at partene må bo sammen skal forstås. Videre var det i nærværende sak ingen objektivt konstaterbare holdepunkter som tilsa at partene hadde bodd sammen, og nemnda fant således at det ikke forelå vesentlige tvilsspørsmål i saken.»

Jeg er noe usikker på hva nemnda mener med «objektivt konstaterbare holdepunkter». Hvis det med dette særlig siktes til at den oppgitte boligen bærer preg av at begge ektefeller bor der, må mangelen på slike holdepunkter i denne saken være utlendingsmyndighetenes ansvar, se ovenfor. Ektefellene har forgjeves stilt seg til disposisjon. Jeg antar at det uansett vil være et subjektivt moment i vurderingen av om to personer bor sammen, og at troverdigheten til partene og eventuelle venner, slektninger og naboer m.v. vil kunne stå sentralt. En behandling i full nemnd vil nettopp være egnet til å belyse slike forhold.

Etter politiets tre mislykkede bostedskontroller var saken etter mitt syn fortsatt utilfredsstillende opplyst da den ble behandlet i nemnda. Når nemnda likevel valgte å avslutte klagesaken, ville en behandling i nemndmøte med personlig fremmøte best ha kunnet opplyse saken. Det er vanskelig å se at det ik-

ke forelå «vesentlige tvilsspørsmål» i forhold til vilkåret om å «bo sammen». En annen sak er at nemnda også avgjorde saken på et annet grunnlag, se nedenfor.

### 4. Manglende dokumentasjon av identitet

Manglende dokumentasjon av klagerens identitet har vært en selvstendig avslagsgrunn i saken. Utlendingsnemnda har uttalt følgende om dette i sitt svarbrev hit:

«Ett av grunnvilkårene for rett til arbeidstillatelse for familiegjenforening med ektefelle, er at det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i utlendingslovens § 8 første ledd nr 3, jf. utlendingsforskriften § 22 første ledd.

Det er av grunnleggende betydning for norske myndigheter å kjenne identiteten til personer som oppholder seg i landet, og enhver søker plikter å dokumentere eller sannsynliggjøre sin identitet, jf. utlendingsloven § 37 jf. utlendingsforskriften §§ 128 og 12 tredje ledd. Kravet til dokumentert/sannsynliggjort identitet fremkommer videre av utlendingsloven § 47 første ledd bokstav a, jf. utlendingsforskriften § 128 siste ledd hvor det gjøres straffbart å unnlate å medvirke til å avklare sin identitet.

Når en søker ikke har dokumentert sin identitet er utlendingsmyndighetene avskåret fra å foreta en reell vurdering av om det foreligger eventuelle omstendigheter som skulle gi grunn til å nekte klageren tillatelse, jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3.

Tvil om identitet i familiegjenforeningssaker forekommer gjerne der søker er tidligere asylsøker som har fått avslag på søknad om asyl, men som har giftet seg og/eller fått barn i Norge. Denne gruppen søkere har som regel kommet til Norge uten identifiseringspapirer.

I enkelte saker gir søkers opplysninger ingen særskilt grunn til å tvile på oppgitt identitet. Likevel er det et grunnleggende prinsipp at søknad om tillatelse i familiegjenforeningssaker avgjøres på grunnlag av dokumentasjon med mindre det er særskilte grunner til at dokumentasjon ikke kan fremskaffes. Nemnda har siden sommeren 2005 lagt en slik praksis til grunn.

Klageren i denne saken ankom Norge som asylsøker i 2003 uten dokumentasjon på sin identitet. Han har verken i asylsaken eller i familiegjenforeningssaken fremlagt id-dokumenter, som for eksempel pass eller fødselsattest. Nemnda bemerker at det er et eksplisitt vilkår at man dokumenterer sin identitet ved søknad om familiegjenforening.»

På vedtakstidspunktet hadde søkeren fremlagt en kopi av fødselsattest (i asylsaken) og legitimasjonskort for asylsøkere, som var basert på hans egne opplysninger. Det forelå ingen originale identitetsdokumenter. Jeg kan imidlertid ikke se av det skriftlige materialet at søkeren uttrykkelig er bedt om å fremskaffe slike dokumenter. Noe slikt krav er ikke inntatt i søknadsskjemaet eller i annen skriftlig informasjon i saken om familiegjenforening. Søkerens identitet har heller ikke vært et omtvistet tema i asylsaken.



Den norske ektefellen, som referanse, er imidlertid uttrykkelig bedt om å fremlegge blant annet fødselsattest og pass i brev fra politiet (dok. 3 i saken). Denne forskjellen mellom (skriftlige) krav til referansen og (skriftlige) krav til søkeren er ikke nærmere belyst under min behandling av saken. Jeg har ikke kjennskap til eventuell muntlig informasjon til søkeren. Uansett er mangelen på skriftlig krav om originale identitetspapirer påfallende ettersom søkeren risikerer avslag hvis dokumentene ikke fremskaffes. Jeg viser også til utlendingsforskriften § 12 første ledd som fastslår at den myndighet som mottar søknaden må «påse at den er nøyaktig utfylt og at de nødvendige vedlegg følger søknaden». Selv om søkeren etter § 12 tredje ledd selv plikter å «dokumentere sin identitet ved pass eller annet legitimasjonspapir utstedt av offentlig myndighet», må utlendingsmyndighetene altså påse at nødvendig dokumentasjon foreligger. Det ser ikke ut til å være gjort i denne saken. Jeg viser også til myndighetenes alminnelige veiledningsplikt etter forvaltningslovens regler, jf. utlendingsloven § 32 og forvaltningsloven § 11.

Først i Utlendingsdirektoratets avslag ble A så vidt jeg kan se gjort (skriftlig) oppmerksom på plikten til å fremskaffe dokumentasjonen. Konsekvensen av manglende dokumentasjon fremgår imidlertid ikke helt klart av vedtaket. Det må her tas i betraktning at søkeren på det tidspunktet ikke var representert ved advokat eller annen kyndig fullmektig.

Før saken ble klagebehandlet av Utlendingsnemnda hadde søkeren likevel en oppfordring til å skaffe til veie legitimasjonspapirer. Nemnda har argumentert med at manglende dokumentert identitet har avskåret myndighetene fra å foreta en reell vurdering av kravet om at det ikke må «foreligge omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid ....», jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3. Kjennskap til persons identitet er fremholdt å være «av grunnleggende betydning for norske myndigheter». Jeg har ikke avgjørende innvendinger mot denne argumentasjonen og mot at manglende dokumentasjon kan være en selvstendig avslagsgrunn. Det er imidlertid utilfredsstillende at klageren kan synes å ha fått lite informasjon om at dette forholdet vil kunne være en selvstendig avslagsgrunn.

### 5. Avslutning

Rådgivningsgruppa har innsendt klagerens (angivelig originale) førerkort til mitt kontor. Dette er ikke tidligere vurdert av nemnda. Jeg oversender dokumentet sammen med en kopi av brevet hit 21. desember 2006 og forutsetter at nemnda vurderer om førerkortet er tilstrekkelig dokumentasjon på klagerens identitet. Hvis det er tilfellet, forutsetter jeg videre at nemnda tar saken under ny behandling og vurderer mine synspunkter.

Jeg ber om å bli orientert om nemndas oppfølging av mine merknader.»

### 67.

#### **Familiegjenforening for barn over 18 år – spørsmål om søkeren hadde en far i hjemlandet**

(Sak 2006/1111)

*Søkeren, som var over 18 år, fikk avslag på sin søknad om arbeids- og oppholdstillatelse. Søknaden var begrunnet med familiegjenforening med sin russiske mor, som var gift med en norsk borger. Utlendingsnemnda fant det ikke sannsynliggjort at søkeren var igjen i Russland uten en far, selv om farens oppgitte navn ble ansett å være fiktivt. Nemnda tolket utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav e objektivt, i den forstand at det avgjørende var om faren faktisk befant seg i hjemlandet.*

*Ombudsmannen hadde enkelte merknader til tolkningen av forskriften og til den konkrete saken, blant annet knyttet til myndighetenes ansvar for å få saken opplyst og for å veilede søkeren. Nemnda ble bedt om å vurdere ombudsmannens synspunkter.*

A, som er russisk statsborger, søkte om arbeids- og oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening med sin mor. Moren er gift med en norsk borger og bosatt i Norge. Utlendingsdirektoratet avsto søknaden og avslaget ble opprettholdt av Utlendingsnemnda ved nemndleder 5. mai 2006. Søknaden ble vurdert opp mot blant annet utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 24 første ledd bokstav e, som omhandler forsørget barn over 18 år. A ble ikke ansett å ha «særlig tilknytning til riket» etter denne bestemmelsen ettersom det ikke var «tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren er igjen i hjemlandet uten far». Nemnda innvilget heller ikke tillatelse på andre grunnlag.

Moren og hennes norske ektefelle klaget hit på vegne av A og hevdet at farens navn i fødselsattesten er fiktivt og at farens identitet er ukjent. Videre opplyste de at A ble unnfanget ved en voldtekt. De anførte at Utlendingsnemndas avgjørelse er basert på «spekulasjon i fakta» og at det vil være umulig for dem å oppfylle nemndas beviskrav ettersom «ethvert dokument fremlagt blir satt i tvil».

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene fra Utlendingsdirektoratet, ble det herfra besluttet å undersøke deler av saken nærmere. Utlendingsnemnda ble bedt om å redegjøre nærmere for sin tolkning av utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav e. Nemnda ble også bedt om å redegjøre for vurderingen av de faktiske forholdene i saken, og særlig en erklæring fra Den russiske ambassaden i Oslo som gjaldt oppgitte farsnavn i russiske fødselsattester.

I sitt svar redegjorde nemndas sekretariat utførlig for sin tolkning av forskriftsbestemmelsen, som

nemnda pekte på er en skjønnsmessig «unntaksregel som skal avverge urimelige konsekvenser av de begrensinger som følger av regelverkets rettighetsbestemmelser». Nemnda opplyste at bestemmelsen i henhold til langvarig praksis er «tolket objektivt», i den forstand at det avgjørende er «om familiemedlemmene faktisk befinner seg i hjemlandet, ikke om det er kontakt mellom dem og klageren». Til støtte for denne praksisen viste nemnda blant annet til bestemmelsens ordlyd, sammenhengen i forskriftsverket, forarbeider, uttalelser fra ombudsmannen og retts tekniske hensyn.

Utlendingsnemnda fastholdt at det etter en helhetsvurdering av sakens opplysninger og dokumentasjon «ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort/dokumentert at klageren er igjen i hjemlandet uten foreldre». Det ble særlig vist til referansens erklæring tidlig i prosessen og brev fra klageren. Nemnda viste også til at anførselen om voldtekt fremkom «relativt sent i prosessen», og dette ble ansett «egnet til å svekke troverdigheten av de opplysningene som er gitt» om ukjent far. Det ble lagt til grunn at navnet på klagerens far i fødselsattesten er fiktivt, men at dette ikke innebærer at farens identitet er ukjent.

Klagerens advokat anførte at nemnda «har lagt til grunn en for streng bevisvurdering som ikke er rettslig forankret i bevisreglene som gjelder på sivilrettens område» og at det er «stilt så strenge krav til bevis at det i praksis blir umulig å oppfylle dem». Han mente det var sannsynliggjort at A vokste opp uten en kjent far og viste blant annet til fødselsattesten, den fremlagte mødreboen og erklæringen fra ambassaden.

Utlendingsnemnda kom tilbake til saken og presiserte at beviskravet er «alminnelig sannsynlighetsovervekt», og at det normalt kreves fremleggelse av dokumentasjon.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Lovtolkningen

Nærmeste familiemedlemmer til en utlending som har lovlig opphold i Norge med tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, har på visse vilkår rett til arbeids- eller oppholdstillatelse. For barn er det satt en aldersgrense på 18 år for å kunne regnes som «nærmeste familiemedlemmer». Dette følger av utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 9, jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23. Tillatelse «kan» på visse vilkår også gis søkere med særlig tilknytning til riket som ikke faller inn under disse rettighetsbestemmelsene. Forsørgede barn over 18 år uten ektefelle eller samboer regnes for å ha slik særlig tilknytning til riket. Dette forutsetter imidlertid at det voksne barnet «er eller blir igjen i hjemlandet uten foreldre eller søsken som er over 18 år eller gift», jf. forskriften § 24 første ledd bokstav e. Det sentrale spørsmålet i denne saken er om A er igjen i Russland

«uten foreldre», det vil her si uten en far.

Utlendingsnemndas sekretariat har i svaret hit blant annet uttalt følgende om tolkningen av bestemmelsen:

«Utlendingsnemnda viser til at vilkåret i forskriften § 24 første ledd bokstav e om at vedkommende er eller blir igjen i hjemlandet uten foreldre eller søsken som er over 18 år eller gift, i henhold til praksis er tolket objektivt. Det avgjørende er om familiemedlemmene faktisk befinner seg i hjemlandet, ikke om det er kontakt mellom dem og klageren. Det er heller ikke blitt tilagt vekt at familiemedlemmene i hjemlandet av forskjellige grunner ikke vil eller har mulighet for å dra omsorg for klageren. Vilåret har vært tolket slik av Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet og tidligere av Justisdepartementet, som også tolket «nærmeste familiemedlemmer» (i den daværende § 24 første ledd bokstav d) på samme måten.

Utlendingsnemnda har i sin praksis lagt vekt på at en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd taler for en slik fortolkning. Det er for eksempel ikke oppstilt noe krav i forskriften om at den gjenværende forelderen tidligere har hatt del i foreldreansvaret eller i den daglige omsorgen. Det må også ses hen til at forskriften ikke bare krever at klageren er uten foreldre i hjemlandet, men også uten søsken som er over 18 år eller gift. Det er ikke uvanlig at voksne søsken ikke bor sammen og at kontakten kan være begrenset, særlig vil dette kunne gjelde dersom gjenværende søsken er gift. Det synes lite naturlig at lovgiver har inntatt et vilkår om at vedkommende må være uten gjenværende voksne/gifte søsken, dersom den faktiske kontakten mellom søsknene skulle være avgjørende for forståelsen av dette vilkåret. Det er heller ikke naturlig at vurderingstemaet skal være ulikt avhengig av om klageren har foreldre eller søsken igjen i hjemlandet.

Bestemmelsen må også ses i sammenheng med forskriften § 23 første ledd bokstav e, hvor etter det bl.a. kreves at det må foreligge samtykke fra gjenværende foreldre som har del i foreldreansvaret. Slikt samtykke må i utgangspunktet foreligge selv om den gjenværende forelderen faktisk ikke har del i den daglige omsorg eller har kontakt med barnet. En praktisering av forskriften § 24 første ledd bokstav e hvor gjenværende foreldre ikke anses som et objektivt kriterium, vil kunne innebære at voksne barn lettere vil kunne få familiegjenforening enn barn under 18 år.»

Ovennevnte tolkning kan forsvares ut fra bestemmelsens ordlyd isolert sett, og likestilling av foreldre og voksne søsken er et moment i denne sammenhengen. Som nemnda senere påpeker, har jeg tidligere akseptert utgangspunktet om at graden av kontakt og omsorgsevnen eller omsorgsmuligheten hos gjenværende foreldre/søsken ikke kan være avgjørende. Dette er imidlertid ikke problemstillingen i denne klagesaken.

Utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav e er ifølge nemnda «å anse som en unntaksregel som skal avverge urimelige konsekvenser av de begrensninger som følger av regelverkets rettighetsbestemmelser», blant annet aldersgrensen på 18 år. Behovet

for en fleksibel praktisering av aldersgrensen er nett-opp fremhevet i Innst. S. nr. 183 (1980-81) s. 13, som det henvises til i forarbeidene til utlendingsloven, se Ot.prp. nr. 46 (1986-87) på s. 62, sitert i nemndas brev hit. Forarbeidene er ellers knappe på dette punktet og det er ikke noen nærmere drøftelse av rekkevidden av reglene, som er nedfelt i forskrifts form. Det må legges til grunn at bestemmelsen blant annet tar sikte på å gi mulighet for forsørgede, voksne barn å få familiegjenforening i Norge når vedkommende «ville bli den eneste som måtte være tilbake», slik det er formulert i proposisjonen. Etter mitt syn må en søker med en far med *ukjent identitet* etter dette falle inn under forskriftens § 24 første ledd bokstav e. Nemnda uttaler imidlertid noe forbeholdent at det ikke kan «utelukkes at tilfeller hvor far er ukjent kan omfattes av bestemmelsen», men at dette må vurderes konkret. Hvis far er ukjent, vil en søker nettopp kunne være det eneste familiemedlemmet i hjemlandet. Det vil i en slik situasjon heller ikke være mulig å vite om far virkelig er i hjemlandet.

Utlendingsnemnda har i sin redegjørelse for lovtolkningen særlig fremhevet behovet for objektive kriterier ut fra blant annet retts tekniske hensyn:

«Ved en praksis hvor vurderingstemaet relaterer seg til den faktiske omsorgssituasjonen og kontakten med gjenværende foreldre, istedenfor et objektivt kriterium, vil sakene bli langt mer omfattende og krevende. Det vil bli svært vanskelig å fastlegge hva som vil være det kvalifiserende moment for at vedkommende skal sies å være uten forelder i hjemlandet. I sakene må det da for eksempel vurderes om det at gjenværende forelder bor i en annen by eller et annet fylke i hjemlandet, at klageren og forelderen i hjemlandet bare har kontakt ett par ganger i året eller at de ikke har hatt kontakt de siste 3 år, osv., vil være tilstrekkelig til at vilkåret kan anses oppfylt. En fortolkning av vilkåret uten at man forholder seg til gjenværende forelder som et objektivt kriterium vil da kunne innebære en fare for økt forskjellsbehandling. Hensynet til likebehandling taler derfor sterkt for at bestemmelsen praktiseres slik som i dag. Det er heller ikke uvanlig at det gis uriktige, uklare eller overdrevne opplysninger i utlendingssaker. Dersom den faktiske omsorgssituasjonen og kontakten med den gjenværende forelderen skal være det avgjørende ved forståelsen av vilkåret, vil dette føre til at langt flere av sakene må verifiseres i hjemlandet for å klarlegge om de faktiske forholdene er slik som beskrevet i den enkelte sak, hvilket igjen vil være ressurskrevende.»

Som nevnt har ombudsmannen tidligere akseptert utgangspunktet om at familierelasjonen nærmere innhold ikke kan være avgjørende. Om det kan tenkes situasjoner der dette utgangspunktet må fravikes, har jeg ikke foranledning til å gå nærmere inn på her. Jeg minner imidlertid om at retts tekniske hensyn og hensynet til en effektiv håndheving også må avveies mot andre forhold, slik som (det antatte) formålet med en rettsregel. Utlendingsmyndighetene står overfor store utfordringer på dette feltet og be-

hovet for klart avgrensede kriterier er forståelig. Ukjent identitet er imidlertid et klart avgrenset og objektivt kriterium som etter mitt syn ikke reiser de samme problemer som anførsler omkring familierelasjonens nærmere innhold. En annen sak er hvilke krav som skal stilles til sannsynliggjøring av en påstand om ukjent identitet. Den rent bevismessige siden antas å kunne utgjøre en stor utfordring, i første rekke for søkeren.

## 2. Den konkrete vurderingen

2.1. Utlendingsnemnda har på oppfordring herfra redegjort nærmere for vurderingen av de faktiske forholdene i saken, herunder erklæringen fra Den russiske ambassaden i Oslo. Det er nå avklart at nemnda, i motsetning til direktoratet, har lagt til grunn at det oppgitte navnet på faren i fødselsattesten er fiktivt, og at det «formelt sett ikke finnes noen far», som det heter i brevet hit. Ifølge nemnda er imidlertid det avgjørende «om det faktisk finnes en far i live i hjemlandet». Det er enighet om at det er søkeren som må sannsynliggjøre at det ikke finnes en far i hjemlandet og at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Uenigheten gjelder om opplysningene og dokumentasjonen i saken sannsynliggjør at A ikke har noen far i Russland.

Utlendingsnemnda har ikke funnet dokumentasjonen tilstrekkelig. Det er vist til at den fremlagte «mødreboken» viser at moren har mottatt trygd som enslig forsørger, men at dette ikke dokumenterer at en far ikke finnes. Så vidt jeg forstår er det ikke fremlagt annen relevant dokumentasjon knyttet til morens anførsel om en ukjent far. Spørsmålet for meg er imidlertid om anførselen overhodet lar seg dokumentere og hvilke konsekvenser dette i så fall har. Før jeg går nærmere inn på det, vil jeg kort gjennomgå det som fremstår som sentrale faktiske forhold i saken.

Søknadsskjemaet er fylt ut av søkeren 1. februar 2005. Det er ikke gitt noen opplysninger om faren og dette er heller ikke noe eksplisitt krav i skjemaet. Pkt. 18B gjelder opplysninger om «Andre familiemedlemmer i Norge, hjemland eller andre land (ektefelle, barn, samboer, forlovede, foreldre, søsken)». Søkeren har her fylt ut stefarens navn. I det kortfattede oversendelsesbrevet fra ambassaden til Utlendingsdirektoratet 4. mars 2005 heter det at søkeren «opplyser at han har ingen søsken, og at han ikke vet noe om sin far». Dette er ikke utdypet.

Som vedlegg til søknaden fulgte bl.a. brev fra advokat ..., der det heter om moren:

«Hun har hele tiden vært eneforsørger for A. Faren har ikke vært til stede under oppveksten, og han har i dag verken kontakt med ham eller noen annen av familien på fars side.»

Nemnda har i klagevedtaket uttalt at disse opplysningene «indikerer at det finnes en barnefar». Jeg er enig i at formuleringen kan forstås slik. Etter mitt

syn må man imidlertid være varsom med å trekke for bastante konklusjoner fra enkeltformuleringer om faktiske forhold gitt av en advokat eller annen fullmektig.

Vedlagt advokatens brev var en oversatt erklæring (søknad om utreisetilattelse uten fars samtykke) fra klagerens mor, som uttaler om søkerens far at hun «ikke kjenner hans oppholdssted og da hans far ikke har deltatt i oppdragelsen og underholdet av barnet» (bilag 3). Erklæringen er bevitnet av notarius i en lengre påtegnning. Ut fra norske forhold kan også denne erklæringen forstås slik at det finnes en barnefar og at barnefarens identitet er kjent. Dette er imidlertid ikke den eneste mulige forståelsen av erklæringen. Den bør ses i sammenheng med morens lange redegjørelse i bilag 11 til advokatens brev, der hun bl.a. skriver:

«I have given birth to the son ..., being the mother-single, that is, was never married, and my son had no father.»

Øvrige opplysninger av interesse, ut over fødselsattesten, fremkommer så vidt jeg kan se først i klagerunden. Her opplyses det at faren er ukjent, at oppgitt navn på fødselsattesten er fiktivt, og at søkeren er resultat av en voldtekt. Nemnda mener at troverdigheten av disse opplysningene er «svak» siden de først fremkom «relativt sent og etter direktoratets avslag». Jeg er kjent med at utlendingsmyndighetene erfarer at en del søkere tilpasser opplysninger og forklaringer til avslag i førsteinstansen. Spørsmål om troverdighet må imidlertid vurderes konkret og svak troverdighet følger ikke med nødvendighet av tidspunktet for avgitte forklaringer. Sent fremkomne opplysninger kan selvsagt være korrekte, og det kan være naturlige årsaker til at opplysningene ikke ble fremlagt med en gang. En nærliggende årsak kan være at søkeren eller referansen ikke forstod at opplysningene var viktige for saken. Dette må utlendingsmyndighetene ta høyde for i sine vurderinger, og etter mitt syn må det være myndighetenes ansvar å få belyst slike forhold.

Etter utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 12 skal den myndighet som mottar søknaden «påse at den er nøyaktig utfylt og at de nødvendige vedlegg følger søknaden». Videre skal myndigheten, her Den norske ambassaden i Moskva, «innhente alle opplysninger om søkeren som antas nødvendige for at saken skal bli så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». I en sak om familieforening med mor er opplysninger om far sentralt. Myndighetenes plikt til å påse at saken blir godt nok opplyst tilsa etter mitt syn at ambassadepersonellet her burde ha sørget for å få nærmere informasjon av søkeren selv da han oppsøkte ambassaden eller i alle fall veiledet ham om betydningen av å gi nærmere opplysninger om faren. Opplysningen om at «han ikke vet noe om sin far» ga grunn til videre oppfølging, selv om en advokat var inne i søknadsproses-

sen.

Klagerne har i brev hit anført at de aldri vil «kunne oppfylle de rullende krav som UDI og UNE stiller da ethvert dokument fremlagt blir satt i tvil ...» og at de er «pålagt en bevisbyrde som er så uopnåelig at vi aldri kan få medhold». Dette utsagnet er forståelig når opplysninger gitt etter direktoratets avslag vurderes å ha svekket troverdighet. Jeg antar at de fleste utlendinger har begrenset kjennskap til norsk regelverk og dermed til hva som er av sentral betydning for avgjørelsen av en søknad om familieforening. Søkere flest er derfor avhengig av skriftlig og/eller muntlig veiledning for å kunne gi utfyllende opplysninger. Hvis slik veiledning ikke gis og søkeren dermed ikke får anledning til å gi tilstrekkelig informasjon, kan situasjonen bli svært vanskelig.

Nemnda har lagt til grunn at det oppgitte farsnavnet i fødselsattesten er fiktivt. Om farens identitet likevel er kjent, og om faren befinner seg i hjemlandet, er uvisst vurdert ut fra sakens dokumenter. Det er vanskelig å se for seg at det overhodet lar seg gjøre å dokumentere at far er ukjent. Det fremstår også som en umulig oppgave å sannsynliggjøre anførselen, jf. foran. Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at utlendingsmyndighetene ved ambassaden har sin del av ansvaret for denne situasjonen. Myndighetene bør da etter mitt syn vurdere om søkeren og/eller referansen på annen måte kan få anledning til å fremme sin sak.

Muntlig eller skriftlig forklaring fortøner seg som klagerens beste og kanskje eneste mulighet til å sannsynliggjøre anførselen om ukjent far. Formuleringene i og omstendighetene rundt advokatens søknadsbrev og morens erklæring (søknad om utreisetilattelse uten fars samtykke) vil være blant de temaer som vil kunne bli belyst nærmere. En nærliggende mulighet er nemndbehandling med personlig fremmøte av referansen (moren). Saken har så langt bare vært behandlet av nemndleder alene. Et nemndmøte vil i større grad kunne belyse spørsmål om troverdighet og dessuten være egnet til å styrke tilliten til avgjørelsen. Intervju med søkeren på ambassaden i Moskva fremstår også som en nærliggende mulighet.

2.2 Utlendingsnemnda har også vurdert saken i relasjon til utlendingsforskriften § 24 annet ledd, som åpner for familieforening når «sterke menneskelige hensyn taler for det». Søkeren bor i samme by som besteforeldrene og han har påbegynt studier i hjembyen. Selv om mor og sønn har et naturlig ønske om gjenforening, er det vanskelig for meg å kritisere nemndas konklusjon i forhold til denne vurderingen på rettslig grunnlag. Kravene i bestemmelsen er strenge og etter det jeg kjenner til, er praksis restriktiv.

Om oppholds- eller arbeidstillatelse skal gis, beror dessuten på utlendingsmyndighetenes skjønn. En slik skjønnsmessig avgjørelse kan jeg bare kritisere dersom det hefter alvorlige feil ved avgjørelsen eller

avgjørelsen er klart urimelig. Slike karakteristikk av nemndas vedtak kan jeg ikke se at det er grunnlag for.

### 2.3 Avslutning

Det er flere vilkår som må være oppfylt for at et voksent barn skal få oppholdstillatelse i familiejenforeningsøyemed etter utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav e. For utlendingsmyndighetene har det i denne saken vært avgjørende at søkeren ikke anses å være «uten foreldre» i hjemlandet. De har ikke tatt stilling til de øvrige vilkårene i bestemmelsen, og et konkret forvaltningsskjønn har heller ikke vært utøvet; bestemmelsen er som kjent ingen rettighetsbestemmelse.

Jeg har bare hatt merknader til Utlendingsnemndas behandling av ovennevnte krav. Øvrige vilkår etter bestemmelsen er ikke vurdert herfra. Jeg vil derfor presisere at jeg heller ikke har noen oppfatning om sakens utfall.

Jeg må be om at nemnda vurderer mine synspunkter og behovet for en ny behandling, herunder egnet behandlingsform. Nemnda bes om å holde meg orientert om hva som videre blir gjort i saken.»

## 68.

### Familiiegenforening – hovedpersonens oppholdsgrunnlag

(Sak 2006/1555)

*Den ene søkeren skal ha vært under 18 år da han søkte om oppholdstillatelse i familiejenforening med sin far. Faren fikk først oppholdsgrunnlag etter at søkeren hadde fylt 18 år. Utlendingsnemnda avsto søknaden da vilkåret om at hovedpersonen har oppholdstillatelse ikke var til stede på det tidspunktet da søkeren ble myndig.*

*Ombudsmannen fant ikke rettslig grunnlag for å rette avgjørende innvendinger mot Utlendingsnemndas forståelse av begrepet «nærmeste familiemedlemmer» i utlendingsloven § 9 og utlendingsforskriften § 22, jf. § 23. Han ga imidlertid uttrykk for at det er en svakhet ved utformingen av regelverket at den tolkningen som legges til grunn, ikke kommer bedre til uttrykk. Den nye utlendingsforskriften bør utformes slik at hensynet til klarhet og forutsigbarhet ivaretas bedre på dette området.*

Saken gjelder søskenparet A og B, som søkte om oppholdstillatelse i familiejenforening med faren sammen med sin mor og sine søsken. Søknadene er datert i juni 2001 og ble innlevert ved Den norske ambassaden i X. Faren, som oppholdt seg i Norge, hadde på det tidspunktet fått avslag på sin søknad om asyl. Han fikk 5. september 2001 oppholdstillatelse etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 8 annet ledd (etter «15-månedersregelen»).

Klagerne fremmet nye søknader ved Oslo politi-

distrikt i januar 2002, etter at familien hadde fått innvilget D-visum til Norge. Søknadene ble avslått av Utlendingsdirektoratet (UDI) to år senere fordi faren på det tidspunktet var vedtatt utvist. Etter klage ble avslagene opprettholdt av Utlendingsnemnda (UNE) 7. april 2006 på et annet grunnlag. Utvisningsvedtaket var da omgjort og faren hadde fått bosettingstillatelse. Utlendingsnemnda v/nemndleder viste til at søkerne var 18 år da de fremmet sine søknader i 2002. Nemnda fant heller ikke at søkerne kunne få opphold på andre grunnlag.

Vedtaket ble begjært omgjort av klagerens advokat, som gjorde oppmerksom på at familien hadde søkt om oppholdstillatelse ved ambassaden allerede i juni 2001. A fylte 18 år først i august 2001, og advokaten hevdet at det ikke kunne komme ham til skade at ambassaden hadde ventet med å oversende saken til UDI til etter 18-årsdagen. Videre anførte han at B også fylte vilkårene hvis As søknad ble ansett rettidig.

Utlendingsnemnda fastholdt sitt vedtak, idet «det grunnleggende vilkåret for familiejenforeningssaken, at herboende har en tillatelse, uansett ikke ble oppfylt før klagerens far ble gitt tillatelse 05.09.2001, dvs. etter at den yngste klageren fylte 18 år». En ny omgjøringsbegjæring ble heller ikke tatt til følge.

I klagen hit anførte advokaten at det var uholdbart å vektlegge at faren ikke hadde oppholdsgrunnlag på søknadstidspunktet (juni 2001) når han fikk det etter kort tid med grunnlag i «15-månedersregelen». Han viste også til at moren og søsknene hadde fått oppholdstillatelse og at søkerne nå hadde bodd i landet i snart 5 år.

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene, ble det herfra besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Utlendingsnemnda ble bedt om å redegjøre nærmere for (den antatte) tolkningen av begrepet «nærmeste familiemedlemmer» i utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 22, jf. § 23 første ledd bokstav c. Nemnda oversendte i første omgang sitt avslag på den siste omgjøringsbegjæringen. I avslaget siteres bl.a. vilkåret i forskriften § 22 om at hovedpersonen (referansen) «har eller får lovlig opphold i riket». Alternativet «får» omfattet etter nemndas syn «familiemedlemmer som har søkt samtidig med hovedsøker og får en tillatelse samtidig med denne». I denne saken fikk faren først en tillatelse etter at begge barna hadde fylt 18 år.

Spørsmålene ble gjentatt i brev herfra og det ble samtidig bedt om en utdypning av ovennevnte sitat. I svarbrevet redegjorde nemnda v/sekretariatet mer utførlig for sitt standpunkt. Det het blant annet at i de «tilfeller der ikke alle vilkår for tillatelsen er oppfylt på det tidspunkt barnet fyller 18 år, anses man etter fast praksis ikke å være omfattet av retten til gjenforening etter § 23, jf. § 22».

Nemnda ble deretter bedt om å opplyse om det var av betydning om søknadene fra hovedpersonen

og øvrige familiemedlemmer ble levert samtidig, slik avslaget på omgjøringsbegjæringen tydet på. I svarbrevet uttalte nemnda v/nemndleder at det sentrale er om hovedperson og familiemedlemmer «søker sammen fra utlandet før hovedpersonen er gitt noen tillatelse og alle ... kan reise sammen til Norge». Nemnda presiserte at alternativet om at hovedpersonen «får» lovlig opphold ikke oppfattes som en materiellrettslig regulering.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken reiser mange spørsmål omkring familieegjenforening for barn under 18 år. Det er herfra bare stilt spørsmål ved enkelte prinsipielle forhold. Problemstillingene vil i første rekke være aktuelle for den yngste klageren, A, som fylte 18 år etter at den første søknaden angivelig ble innlevert. Mine merknader vil i det følgende hovedsakelig være knyttet til hans klage. Søsterens grunnlag for oppholdstillatelse, og for klagen hit, vil være et annet, ettersom hun var fylt 18 år på søknadstidspunktet.

#### 1. Rettslig utgangspunkt

Utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 9 fastslår at de «nærmeste familiemedlemmene» til «utlending som har eller får lovlig opphold i riket med arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse uten begrensninger», har rett til arbeids- eller oppholdstillatelse på nærmere vilkår. Dette er i hovedtrekk gjentatt i utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 22. Hvem som er «nærmeste familiemedlemmer» er definert i forskriftens § 23, som i første ledd bokstav c fastslår at barn er omfattet «når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket». Etter § 23 annet ledd må barnet være under 18 år, og aldersgrensen anses overholdt «når søknad med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, er innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen». Vedtaksmyndigheten er her Utlendingsdirektoratet i første instans.

#### 2. Søknadstidspunktet

I sitt første vedtak la Utlendingsnemnda til grunn at søknadene ble fremmet 22. januar 2002, på et tidspunkt da begge klagerne var 18 år og derfor falt utenfor definisjonen av «nærmeste familiemedlemmer». Klagernes advokat har imidlertid fremlagt kopi av søknader datert 26. juni 2001. Senere har han også fremlagt en telefaks fra Den norske ambassaden i X, der det bekreftes at søknadene ble mottatt samme dag. Så vidt jeg kan se har ikke Utlendingsnemnda uttrykkelig tatt stilling til disse opplysningene. Nemnda kom nemlig til at «det grunnleggende vilkåret for familieegjenforeningssaken, at herboende har en tillatelse, uansett ikke ble oppfylt før ... etter at den yngste klageren fylte 18 år», jf. vedtak 23. ju-

ni 2006. Jeg er ikke kjent med hvorfor familien søkte på nytt (fra riket) og hvorfor utlendingsmyndighetene ikke synes å ha vært oppmerksomme på de første søknadene. Jeg har ikke foranledning til å vurdere om advokatens opplysninger omkring søknadene er korrekte, men jeg vil i det følgende forutsette at dette er tilfellet.

Det er så vidt jeg kan se ikke holdepunkter for å anse de første søknadene som trukket. Klagerne må da ha krav på å få saken vurdert i forhold til de opprinnelige søknadene. Forutsatt at opplysningen fra ambassaden er korrekt, ble As søknad altså innlevert før han fylte 18 år.

#### 3. Oversendelsen fra ambassaden til Utlendingsdirektoratet

Det er under sakens behandling ved mitt kontor brakt på det rene at søknadene først ble oversendt fra ambassaden til direktoratet 24. desember 2001, det vil si etter ca. 6 måneder regnet fra søknadsdato. Familiemedlemmene fikk samme dag D-visum, og advokaten har anført at forsinkelsen har sammenheng med dette. I tiden mellom innlevering av søknadene til ambassaden og oversendelsen til Utlendingsdirektoratet fylte A 18 år (... august 2001). Jeg har tidligere reist spørsmålet om ambassadene må betraktes som representanter for vedtaksmyndighetene (her direktoratet), med den virkning at skjæringspunktet for aldersgrensen er innlevering til ambassaden (ombudsmannsak 2003/580). Dette er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på, ettersom Utlendingsnemnda har avgjort saken på et annet grunnlag. For øvrig er skjæringspunktet for aldersgrensen nå foreslått å være dato for innkomst til «utlendingsmyndighetene», jf. forslag til § 50 i ny utlendingslov i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007). Jeg ser i det følgende bort fra denne problemstillingen, som altså ikke har vært noe tema i saken.

#### 4. Hovedpersonens oppholdsgrunnlag

På søknadstidspunktet hadde ikke hovedpersonen/referansen (faren) lovlig oppholdsgrunnlag. Oppholdstillatelse ble imidlertid gitt før As søknad om familieegjenforening ble avgjort og etter at han hadde fylt 18 år. Det sentrale spørsmålet i saken er på hvilket tidspunkt oppholdsgrunnlaget må være til stede i forhold til barnets 18-årsdag, for at barnet skal regnes blant de «nærmeste familiemedlemmer» etter lovens § 9 og forskriftens § 22, jf. § 23.

Utlendingsnemnda v/nemndleder har i brev hit 23. april 2007 bl.a. uttalt følgende:

«Både lovens § 9 og forskriftens § 22 første ledd stiller krav om at hovedpersonen må ha eller få lovlig opphold i riket med en ... tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse. I forskriftens § 23 første ledd bokstav c heter det «når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket», hvilket må forstås på samme måte som § 22

første ledd mht at det er et krav om at foreldrenes lovlige opphold er med ... en tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse.

Aldersgrensen for innvilgelse av familiegjenforening for barn er 18 år etter forskriftens § 23 første ledd bokstav c, jf forskriftens annet ledd. Formålet med bestemmelsen er å sikre at barn under 18 år gis rett til å bo sammen med sine foreldre når begge foreldre har tillatelse til å bo her.

Etter lovens motiver, jf Ot prp nr 46 er alternativet «eller får» tatt med i lovens § 9 for at familiemedlemmer som befinner seg utenfor Norge sammen med hovedpersonen, skal kunne få tillatelse og derved også få anledning til å reise til Norge samtidig med hovedpersonen, dvs at familier som er samlet i utlandet også skal kunne komme samlet til Norge.

Hadde alternativet «eller får» ikke vært med, ville vilkåret for retten til gjenforening (også i denne situasjonen) være at hovedpersonen «har» en tillatelse i Norge. Da hadde familiemedlemmene måttet vente med å søke til hovedpersonen var gitt tillatelse, jf at de ved søknad må dokumentere at hovedpersonen har et kvalifisert oppholdsgrunnlag. Skulle familien vente med å søke til hovedpersonen fikk tillatelse, ville de normalt heller ikke kunne reise til Norge samtidig med hovedpersonen. Dette som følge av saksbehandlingstiden og at hovedpersonen normalt ikke kan reise inn i Norge senere enn 6 måneder etter at tillatelsen er gitt, jf forskriftens § 15 åttende ledd.

Etter UNEs syn relaterer «eller får» seg bare til en spesiell søkesituasjon og er ikke ment å innebære en materiellrettslig regulering. Formålet har altså ikke vært å gjøre materielle endringer i forhold til hvilket krav man stiller til alderen på et barn; jf at barn er person under 18 år med foreldre som har tillatelse i riket. I en sak der hovedpersonen ikke har tillatelse når barnet ble 18 år, er vilkåret om at barnet må være under 18 år ikke ansett å være oppfylt.»

Jeg har ikke avgjørende innvendinger mot nemndas tolkning av utlendingsloven og utlendingsforskriften på dette punktet. Selv om lov- og forskriftsteksten i seg selv gir rom for ulike tolkninger, er det støtte i lovens forarbeider for en snever fortolkning av formuleringen om at utlendingen (hovedpersonen) har eller «får lovlig opphold i riket». I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) på s. 195 heter det:

«Når også «eller får» er tatt med, er det for at de nærmeste familiemedlemmene skal kunne få tillatelse til å komme samtidig med utlendingen selv.»

Lovgiveren har neppe tenkt på de ulike søkersituasjonene og alternativene som nok forekommer i dag, men formålet med bestemmelsen kan vanskelig sees å omfatte As situasjon. Hovedpersonen (faren) hadde vært i Norge ca. 2 år da A kom til landet, og dette skjedde etter at han fylte 18 år. Utlendingsmyndighetene har vist til en fast avslagspraksis i saker hvor enkelte vilkår først er oppfylt etter fylte 18 år. Uten å ta stilling til en slik praksis generelt sett, har jeg ikke holdepunkter for å kritisere utslaget av denne praksisen i den foreliggende saken. Det er vanskelig å se at sterke reelle hensyn eller andre

vektige rettskilder skulle tilsi en annen tolkning av begrepet «nærmeste familiemedlemmer».

Det er imidlertid lite tilfredsstillende at den tolkingen som utlendingsmyndighetene har lagt til grunn, ikke reflekteres bedre i det formelle regelverket. Slik reglene er formulert, gir de liten veiledning om gjeldende praksis og dermed liten forutberegnelighet for søkerne. Jeg antar at problemstillingen knyttet til begrepet «nærmeste familiemedlemmer» og til spørsmålet om når samtlige vilkår må være oppfylt, kan gjelde mange søkere. Reglene om familiegjenforening er på dette punktet foreslått videreført i forslaget til ny utlendingslov, uten at bestemmelsenes rekkevidde er drøftet noe nærmere i utredningen eller i proposisjonen, og uten at det er foretatt noen presisering i lovteksten. Jeg antar at Arbeids- og inkluderingsdepartementet vil utarbeide en ny utlendingsforskrift når den nye loven er vedtatt. Jeg anmoder departementet om å utforme forskriften slik at hensynet til klarhet og forutsigbarhet ivaretas bedre på dette området.

#### 5. Andre oppholdsgrunnlag

Søkerne har heller ikke fått oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd eller utlendingsforskriften § 24. Disse bestemmelsene er utformet med et sterkt element av skjønn. Ombudsmannen har begrenset adgang til å overprøve slike skjønnsmessige avgjørelser, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Etter gjennomgangen av saken har jeg ikke funnet holdepunkter for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot nemndas konklusjon, selv om søkerne har bodd i Norge i mange år og opplever avgjørelsen som streng.»

## 69.

### Utlendingsmyndighetenes behandling av spørsmål om utenlandsk borgers identitet

(Sak 2005/2071)

*En utenlandsk borger klaget til ombudsmannen over utlendingsmyndighetenes behandling av spørsmålet om hans riktige identitet. På bakgrunn av en verifikasjon av et pass var norske myndigheter allerede i 1994 av den oppfatning at identiteten klageren hadde oppgitt siden 1988 var uriktig, men identitetsopplysningene i utlendingsregistret ble endret først i 2000. Da klageren ba om å få navn og fødselsdato endret tilbake til det han overfor myndighetene hele tiden hadde hevdet var riktig, ble dette avslått. Utlendingsdirektoratet var ikke villig til å foreta verifikasjon av fødselsattest og pass som ble fremlagt av klageren. Etter at saken var tatt opp av ombudsmannen, fant direktoratet likevel grunn til å foreta en verifikasjon av klagerens pass. Passet ble verifisert som ekte. Direktoratet traff deretter vedtak om å endre klagerens navn og fødselsdato tilbake til det som*

var registrert før 2000.

*Ombudsmannen uttalte bl.a. at en identitetsendring som det her var tale om kan ha stor betydning for den det gjelder. Dette tilsier en grundig saksbehandling for å sørge for størst mulig sikkerhet for at opplysningene som registreres er riktige. Direktoratet burde ha vært mer åpen for å foreta en verifikasjon av de nye dokumentene som ble fremlagt i forbindelse med at klageren ville ha navn og fødselsdato endret tilbake til det som opprinnelig var registrert. Ombudsmannen pekte også på at flere sider av utlendingsmyndighetenes håndtering før den første identitetsendringen fremstod som uheldige.*

Klageren kom til Norge i 1988 og søkte om asyl her i landet. I forbindelse med asylsøknaden oppga han identiteten A født 22. oktober 1958 og at han var fra X. Justis- og politidepartementet avslø søknaden om asyl i vedtak 15. februar 1990. Klageren fikk imidlertid innvilget arbeids- og oppholdstillatelse etter den såkalte 15-månedersregelen. Han ble også innvilget utlendingspass, som ble utstedt av Oslo politidistrikt med de samme identitetsopplysningene som klageren selv hadde oppgitt. Oppholdstillatelsen ble senere fornyet, og klageren fastholdt i denne forbindelse den identiteten han tidligere hadde oppgitt overfor norske myndigheter.

I forbindelse med gransking av forhold vedrørende to andre utlendinger i 1992, fant politiet grunn til å foreta nærmere undersøkelser rundt klagerens identitet. Det ble tatt fingeravtrykk av ham, som ble gjenfunnet i registre i Tyskland, der det viste seg at han var registrert som asylsøker og med straffbare forhold. Fra tyske myndigheter ble det opplyst at klageren under oppholdet der hadde oppgitt identiteten B født 20. august 1957 og borger av Y. Et pass med denne identiteten var beslaglagt av tyske myndigheter og ble oversendt norske myndigheter i kopi og senere i original. Ved verifikasjon hos myndighetene i Y fikk norske utlendingsmyndigheter bekreftet at passet var utstedt på ovennevnte identitet og at fotografiet i passøknaden var det samme som i passet.

Etter å ha fått forhåndsvarsel om tilbakekall av oppholdstillatelsen erkjente klageren å ha benyttet passet som var beslaglagt av tyske myndigheter. Han fastholdt imidlertid at hans korrekte identitet var den som han hele tiden hadde oppgitt overfor norske myndigheter, og at han var borger av X. På bakgrunn av verifikasjonen av passet i Y besluttet imidlertid Justis- og politidepartementet i mars 1994 å tilbakekalle oppholdstillatelsen som ble gitt i 1990.

Selv om utlendingsmyndighetene hadde endret syn på hva som var klagerens korrekte identitet, ble det ikke foretatt noen endring av identiteten i utlendingsregisteret på dette tidspunktet. Klageren erkjente for øvrig overfor politiet i april 1994 at han likevel var fra Y og ikke X, men han fastholdt oppgitt navn og fødselsdato.

Etter søknad fikk klageren i juli 1995 arbeidstil-

latelse fra Utlendingsdirektoratet på grunnlag av familiejenforening med sine to barn født i Norge. I september 1995 fikk han også fornyet sitt utlendingspass med den samme identiteten som tidligere, dvs. A født 22. oktober 1958. Hans nasjonalitet ble imidlertid endret til borger av Y og fødestedet ble også endret til et sted i Y.

Klageren fremsatte i de påfølgende årene flere søknader om bl.a. bosettingstillatelse, fornyelse av arbeidstillatelse og utlendingspass i navnet A, borger av Y. Søknadene ble behandlet og avslått eller innvilget av Oslo politidistrikt og Utlendingsdirektoratet uten at det ble gått nærmere inn på spørsmålet om klagerens identitet.

Det var først i forbindelse med behandlingen av klagerens søknad om norsk statsborgerskap at Utlendingsdirektoratet i brev til Oslo politidistrikt i januar 2000 ga uttrykk for at klageren var registrert med feil navn og fødselsdato både i folkeregisteret og utlendingsregisteret (Fremkon). Statsborgersaken ble av direktoratet stilt i bero til det var ordnet opp i disse forholdene. Politidistriktet innkalte klageren til samtale og orienterte ham om at hans identitet ville bli endret til B født 20. august 1957 i utlendingsregisteret, og dermed også automatisk i folkeregisteret. Klagerens utlendingspass ble inndratt. Politiet gjorde i brev 28. mars 2000 til Oslo folkeregister oppmerksom på endringen, og oppga Justis- og politidepartementets vedtak fra mars 1994 som grunnlag. Folkeregisteret bekreftet senere endringen og tildelte nytt fødselsnummer til klageren.

Etter råd fra sin advokat fremsatte klageren deretter flere søknader i det navnet som norske myndigheter nå la til grunn, men han protesterte samtidig i juli 2000 mot identitetsendringen og opplyste i denne forbindelse at endringen hadde skapt en rekke problemer for ham. Sammen med brevet fulgte fødselsattest fra Y i navnet A født 22. oktober 1958. Noe senere fremla han også et nyutstedt pass fra Y med samme navn og fødselsdato.

Det ble deretter rettet en rekke henvendelser til norske utlendingsmyndigheter om identitetsendringen.

Utlendingsdirektoratet avslø 8. november 2001 en søknad fra klageren om utlendingspass. Direktoratet bemerket at klageren hadde fått pass fra hjemlandets myndigheter, om enn i det navnet som etter direktoratets oppfatning var uriktig. Klageren ble henviset til å søke myndighetene i Y om pass i navnet B født 20. august 1957. I vedtak samme dag avslø direktoratet «søknad om endring av identitet» til A. Direktoratet anså ikke denne «nye» identiteten som tilstrekkelig dokumentert gjennom den fremlagte fødselsattesten og passet fra Y m.v. I vedtaket het det bl.a.:

«Direktoratet vil ikke utelukke at en verifisering av det siste fremlagte passet kan medføre at søker har to verifiserte identiteter. En verifisering vil for øvrig ikke ha avgjørende betydning ved søknad om identitetsendring, da det også må do-



kumenteres at den første verifiserte identiteten er uriktig. Av praktiske grunner vil direktoratet fortsatt legge til grunn at søker er B, borger av Y født 20.08.57. Direktoratet vil imidlertid påpeke at tvil om identitet kan få konsekvenser i forhold til eventuelle søknader om reisedokument og statsborgerskap.»

Vedtaket ble påklaget i samsvar med de opplysningene om klagerett som var gitt i direktoratets vedtak. På grunn av uklarhet knyttet til behandlingen av denne typen saker tok klagebehandlingen svært lang tid, og saken ble flere ganger sendt frem og tilbake mellom direktoratet og Utlendingsnemnda. Under sakens gang fant nemnda grunn til å forelegge enkelte spørsmål for Justis- og politidepartementets lovavdeling, som i uttalelse 26. april 2004 konkluderte med at beslutninger om å endre eller ikke endre registreringer i utlendingsregisteret ikke er enkeltvedtak som kan påklages. I samsvar med uttalelsen besluttet nemnda 24. juni 2004 å avvise klagen på direktoratets vedtak.

Under behandlingen av klagesaken hadde klageren fått innvilget navneendring av Oslo folkeregister fra B til A. Endringen ble senere (2005) også inntatt i utlendingsregisteret, slik at han etter endringen stod oppført med følgende opplysninger i registeret: A født 20. august 1957, borger av Y. Det var etter dette bare fødselsdatoen som skilte seg fra det som klageren hele tiden hadde hevdet var korrekt.

I desember 2004 avslo direktoratet en søknad om bosettingstillatelse fra klageren, fremsatt under identiteten A, fordi søknaden var fremsatt under en annen identitet enn den direktoratet la til grunn som den riktige. Direktoratet tok ikke stilling til hvorvidt en søknad fremmet i navnet B ville bli innvilget. Avslaget ble påklaget og Utlendingsnemnda besluttet 7. november 2005 å ta klagen til følge. Bosettingstillatelse ble innvilget til «B som har byttet navn til A 20.08.1957». Nemnda tok i sitt vedtak ikke stilling til identitetsspørsmålet, og fastholdt at avgjørelse om endring av identitet ikke er et enkeltvedtak som kan påklages.

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Hans advokat utdypet senere klagen og presiserte at selv om Utlendingsnemnda hadde innvilget søknaden om bosettingstillatelse, hadde ikke dette løst klagerens problemer knyttet til identitetsspørsmålet. Advokaten anførte at klageren ikke kunne få sin bosettingstillatelse registrert i noe gyldig dokument og at han ikke kunne forlate Norge ettersom han ved en retur ikke ville kunne dokumentere at norske myndigheter var av den oppfatning at B var hans riktige identitet. Det ble videre vist til at han ikke ville kunne få noe pass med denne identiteten. Advokaten viste også til konsekvensene for klagerens barn, som det ble anført var oppført i norske registre med en far som ifølge Utlendingsdirektoratet «ikke eksisterer».

Holdbarheten av verifikasjonen som i sin tid ble foretatt i Y ble bestridt. Videre ble det stilt spørsmålsteget ved utlendingsmyndighetenes motvilje

mot å godta det nye passet fra Y som gyldig, eller i det minste ta initiativ til en verifikasjon av dette. Det ble i denne forbindelse vist til at Y i de mellomliggende årene hadde utviklet seg fra et korrupt land til innføring av demokrati. Endelig ble det opplyst at klageren var villig til å underkaste seg DNA-test (i forhold til moren) for å bekrefte riktigheten av opplysningene i de fremlagte dokumentene.

Saken ble tatt skriftlig opp med Utlendingsdirektoratet, som i brev 6. april 2006 ble bedt om å redegjøre nærmere for på hvilket grunnlag den identiteten klageren anførte var riktig, ble regnet som «avklart falsk». Det ble vist til at det ut fra sakens dokumenter ikke syntes som om utlendingsmyndighetene hadde forsøkt å verifisere fødselsattesten og passet som i ettertid var fremlagt av klageren og som angivelig skulle bekrefte hans anførte identitet.

I sitt vedtak 8. november 2001, der det ble avslått å «endre» klagerens identitet, hadde direktoratet blant annet uttalt følgende:

«Som nye dokumenter i saken er det fremlagt fødselsattest og pass fra Y utstedt på den identiteten søker nå ønsker å bruke.

Søker har fremlagt fødselsattest utstedt i Y 06.07.00. Direktoratet legger ikke avgjørende vekt på denne attesten. Det vises til at fødselsattester utstedt i ettertid i Y har svært liten notoritet, da attestene er utstedt på bakgrunn av de opplysningene søker selv har gitt. Opplysningene i seinregistrerte fødselsattester blir ikke etterprøvd i noe sentralregister før attestene blir utstedt.

Ved søknader om identitetsendring kreves det som utgangspunkt at det fremvises original fødselsattest utstedt i nær forbindelse med fødselen. Søker har også fått utstedt pass i Y 24.11.00 på identiteten A. Heller ikke det fremlagte pass anses for å være tilstrekkelig dokumentasjon på søkers identitet. Det vises til at det etter direktoratets kunnskap er relativt enkelt å få utstedt pass i Y. Pass blir utstedt på bakgrunn av fremlagt fødselsattest og utsagn av ett vitne. Tatt i betraktning av at fødselsattester utstedt i ettertid i Y har svært liten notoritet, er ikke passet tilstrekkelig dokumentasjon på at den ønskede identitet er mer riktig enn den allerede verifiserte identitet.»

Direktoratet ble bedt om å redegjøre for om ikke de innvendinger som var gjort gjeldende mot troverdigheten av den senere fremlagte fødselsattesten og særlig det fremlagte passet, også kunne rettes mot det passet som direktoratet anså verifisert som ekte.

Videre ble det stilt spørsmål om ikke den nye dokumentasjonen svekket troverdigheten av den tidligere utførte verifikasjonen, slik at en ny verifikasjon burde gjennomføres. Dersom direktoratet anså det som uaktuelt å forsøke å verifisere det senere fremlagte passet og fødselsattesten, ble det bedt om en nærmere begrunnelse for dette.

I e-brev 19. mai 2006 opplyste en saksbehandler i direktoratet at klagerens nye pass var sendt til Y for verifikasjon. Det het videre at direktoratet ville komme tilbake til saken når verifikasjonsrapporten ble mottatt.

Det ble deretter mottatt kopi av Utlendingsdirektoratets nye beslutning 27. oktober 2006, der klagerens krav om å få endret de registrerte opplysningene om sin identitet ble tatt til følge. Direktoratet uttalte bl.a. følgende:

«Utlendingsdirektoratet viser til at det er søkeren selv som har skapt tvil rundt sin identitet ved å oppgi og senere dokumentere to ulike identiteter og nasjonaliteter i henholdsvis Tyskland og Norge. Etter resultatet av verifisering av søkerens siste pass fremstår ovennevnte person med to ulike identiteter hvor begge er verifisert som ekte via to forskjellige pass. Direktoratet bemerker at det er relativt enkelt å få utstedt pass i Y, og ifølge vår kunnskap er det også fullt mulig å kunne få utstedt pass på to forskjellige identiteter. I utgangspunktet fremstår derfor ikke den ene identiteten mer sannsynlig enn den andre.

Utlendingsdirektoratet har imidlertid etter en konkret helhetsvurdering av hele saken kommet til at identiteten: A - f. 22.10.58 fremstår noe mer sannsynlig enn den tidligere verifiserte identiteten som norske myndigheter la til grunn. Det er lagt avgjørende vekt på de nye opplysningene som fremkommer via ovennevnte verifisering av 01.09.06 av søkerens pass utstedt 24.11.00. Det er også sett hen til at søkeren hele tiden har fastholdt at hans riktige identitet er den som nå er verifisert som ekte i Y, selv om han først i brev av 18.04.94 innrømmer at han var borger av Y og ikke X.»

Det fremgikk av beslutningen at direktoratet hadde forstått brevet herfra 6. april 2006 som en anmodning til direktoratet om å få verifisert den dokumentasjonen som var fremlagt av klageren. I brev 4. januar 2007 til direktoratet ble det for ordens skyld presisert at det forhold at det i brevet ble stilt spørsmål om hvorfor direktoratet ikke hadde verifisert dokumentene, ikke i seg selv innebar en anmodning om å foreta en slik verifikasjon. Det het videre at ombudsmannen hadde merket seg at direktoratet på bakgrunn av brevet, selv hadde funnet grunn til å få dokumentene verifisert. Selv om det sentrale spørsmålet i saken syntes å ha funnet sin løsning gjennom direktoratets siste beslutning, ble direktoratet likevel bedt om å besvare spørsmålene som var stilt i brevet herfra 6. april 2006.

Utlendingsdirektoratet kom tilbake til saken og uttalte følgende om grunnlaget for konklusjonen om at den identiteten klageren selv hadde anført som riktig måtte regnes som avklart falsk:

«Utlendingsdirektoratet viser til at vi med dette mente at vi la til grunn at den identiteten klageren anførte som den riktige fremsto som falsk. Årsaken til dette var at klageren allerede var verifisert med en «riktig» identitet i Y i desember 1993 via et ekte pass. Dette var identiteten A f. 20.08.1957, som han hadde oppgitt i Tyskland. En logisk slutning var derfor at den andre identiteten søkeren hadde oppgitt til norske myndigheter ved sin søknad om asyl måtte være uriktig. Det forhold at søkeren senere la frem en senregistrert fødselsattest og ett nytt pass på den identiteten han hevdet å ha var derfor ikke avgjørende.

Det vises for øvrig til begrunnelsen i vedtak av 08.11.01 vedrørende notoritet av senregistrerte fødselsattester og utstedelse av pass i Y. Direktoratet viser til at det alltid vil være snakk om ressurser når det gjelder verifiseringer. Dersom en identitet er verifisert som ekte, bruker man vanligvis ikke flere ressurser på å verifisere andre identiteter som en søker hevder å ha.»

I forhold til de øvrige spørsmålene som var stilt i brevet herfra uttalte direktoratet:

«Som nevnt ovenfor vil det alltid være snakk om ressurser når det gjelder verifiseringer. Dersom en identitet allerede er verifisert som ekte, bruker man vanligvis ikke flere ressurser på å verifisere andre identiteter som en søker hevder å ha. Man må da gå ut i fra at den identiteten som er verifisert er den riktige, og det logiske er da at andre identiteter ikke er det. Dette er hovedårsaken til at passet og fødselsattesten ikke ble sendt til verifisering tidligere.

Etter at direktoratet hadde sett i gjennom sivilombudsmannens spørsmål i denne saken ble det imidlertid bestemt at det senere fremlagte passet og fødselsattesten likevel skulle sendes til verifisering ved ambassaden i Y. Dette ble gjort i brev av 19.05.06, hvor det blant annet ble bedt om prioritering da saken hadde versert lenge. Direktoratet ønsket også å få en avslutning på saken da den hadde versert lenge og fremstod etter hvert som meget spesiell.

Resultatet av verifiseringen ble mottatt 06.09.06, og det viste seg at også dette passet var ekte. Resultatet var da at ovennevnte fremstod med to verifiserte ekte identiteter hvor den ene i utgangspunktet ikke fremstod mer sannsynlig enn den andre. Direktoratet fant da at det måtte tas en beslutning. Vi viser i den forbindelse til vår begrunnelse i beslutningen av 27.10.06.»

Klagerens advokat kom med merknader til direktoratets redegjørelse og anførte at både saksbehandlingen og utfallet i saken bekreftet at klagen til ombudsmannen hadde vært berettiget. Hun viste i denne forbindelse til at det ikke hadde fremkommet nye opplysninger fra klagerens side som stilte saken i et annet lys enn da den ble innklaget. Det ble lagt til grunn at det var klagen til ombudsmannen som hadde lagt press på direktoratet for å se nøyere på saken, hvilket var det som skulle til for at «klageren skulle få tilbake sin rette identitet». Advokaten viste videre til at saken hadde vært en stor belastning for klageren og anførte at det forhold at saker om identitetsendringer ifølge Lovavdelingen ikke kan påklages, talte for en ekstra aktsomhet fra direktoratets side. Endelig ga advokaten uttrykk for at det var beklagelig at direktoratet ikke hadde innrømmet at det hadde opptrådt i strid med god forvaltningsskikk.

Direktoratet kom tilbake til saken i brev 16. mars 2007 og gjentok at ettersom klageren selv hadde skapt tvil om sin identitet, og fordi det passet han hadde fremlagt i Tyskland var blitt verifisert, ga hans etterfølgende fremleggelse av en senregistrert fødselsattest og pass på den identiteten han hadde oppgitt i Norge, ikke grunnlag for å iverksette en ny verifisering. Det het videre:

«Imidlertid var det naturlig å søke dokumentene verifisert når Sivilombudsmannen hadde anmodet om det.»

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning

Ved Utlendingsdirektoratets beslutning 27. oktober 2006 synes det sentrale spørsmålet i saken, klagerens krav om å få endret opplysninger om sin identitet, å ha funnet sin løsning. Utlendingsdirektoratets behandling av identitetsspørsmålet og direktoratets redegjørelser hit gir likevel grunn til enkelte merknader fra min side.

### 2. Utlendingsdirektoratets forståelse av brevet herfra 6. april 2006

Direktoratet har flere ganger gitt uttrykk for at det har forstått brevet herfra som en anmodning om å få gjennomført en verifikasjon av de nye identifikasjonsdokumentene klageren hadde fremlagt, jf. direktoratets beslutning 27. oktober 2006 og brevet hit 16. mars 2007.

Det følger av Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 19. februar 1980 § 6 at en klage som ombudsmannen tar opp til nærmere undersøkelse i alminnelighet skal legges frem for det forvaltningsorgan eller den tjenestemann klagen gjelder. Av samme bestemmelse fremgår det at ombudsmannen avgjør hvilke skritt som skal tas til avklaring av saksforholdet og at han kan innhente de opplysninger som finnes nødvendige i samsvar med bestemmelsene i ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7.

Jeg vil for ordens skyld understreke at det forhold at direktoratet i brevet herfra 6. april 2006 ble bedt om å besvare spørsmål om hvorfor det ikke hadde verifisert dokumentene og bedt om å redegjøre for sine vurderinger vedrørende dette, ikke innebærer en *anmodning* herfra om å foreta en slik verifikasjon. Dette er også understreket i brev herfra 4. januar 2007 til direktoratet. En annen sak er at spørsmålene som stilles herfra kan gi forvaltningsorganet grunn til å foreta en ny vurdering av det som er gjort i saken.

### 3. Utlendingsmyndighetenes saksbehandling i forbindelse med den første endringen av klagerens identitet

Det er i første rekke spørsmålet om endring av klagerens identitet tilbake til A født 22. oktober 1958, og vurderingen av de fremlagte dokumentene i denne forbindelse, som har stått i fokus for undersøkelsene herfra. Jeg finner det likevel naturlig å knytte enkelte merknader til utlendingsmyndighetenes opprinnelige endring av klagerens identitet til B født 20. august 1957. Disse forholdene utgjør en sentral del

av bakgrunnen for vurderingen av hovedspørsmålet i saken.

Justis- og politidepartementet tilbakekalte i vedtak 23. mars 1994 klagerens oppholdstillatelse under henvisning til at det var avdekket at klageren tidligere hadde søkt om asyl i Tyskland under en annen identitet og at passet som der var fremlagt var verifisert som ekte. Det ligger implisitt til grunn for departementets vedtak at klagerens oppgitte identitet i Norge, A født 22. oktober 1958 og borger av X, ikke ble ansett som riktig. Departementet uttalte seg imidlertid ikke uttrykkelig om spørsmålet og noen formalisert beslutning om endring av klagerens identitet ble ikke truffet. Dette må sies å være en svakhet ved vedtaket som kan ha vært med på å prege den videre saksbehandlingen.

Utlendingsmyndighetene fulgte ikke opp den forståelsen som lå til grunn for departementets vedtak med en identitetsendring i utlendingsregisteret og folkeregisteret. Heller ikke da klagerens fødeland ble endret til Y etter at klageren selv hadde erkjent at han ikke kom fra X, ble hans navn og fødselsdato endret i samsvar med utlendingsmyndighetenes oppfatning.

I årene 1994 til 2000 hadde utlendingsmyndighetene en rekke foranledninger til å ta tak i identitetsendringsspørsmålet i forbindelse med at klageren fremmet flere søknader i den identiteten som ifølge utlendingsmyndighetene var uriktig. Det synes bl.a. å ha vært tilfellet for søknaden som lå til grunn for at klageren ved direktoratets vedtak 3. juli 1995 ble innvilget arbeidstillatelse i familiejenforeningsøymed. Direktoratet har i svaret hit 27. oktober 2006 vist til at denne tillatelsen ble gitt til B født 20. august 1957. A født 22. oktober 1958 var imidlertid oppgitt som alias og identitetsspørsmålet ble ikke nærmere berørt i vedtaket.

I de påfølgende årene ble søkerens ulike søknader innvilget eller avslått i identiteten A født 22. oktober 1958. Det fremstår som påfallende at klageren fikk innvilget utlendingspass fra norske utlendingsmyndigheter på den identiteten som ble ansett som «avklart uriktig». Direktoratet har i svaret hit gitt uttrykk for at det skyldtes en inkurie at disse vedtakene ble gitt i den «gamle» identiteten. Uansett årsak fremstår det likevel som uheldig og det forhold at utlendingsmyndighetene fortsatte å forholde seg til klageren under denne identiteten kan ha vært egnet til gi ham et inntrykk av at utlendingsmyndighetene aksepterte denne.

Det var først i forbindelse med klagerens søknad om statsborgerskap at direktoratet i brev 21. januar 2000 til Oslo politidistrikt tok opp den manglende endringen av identiteten i utlendingsregisteret. Dette resulterte i at politidistriktet innkalte klageren til samtale, der han fastholdt navnet og fødselsdatoen som han hele tiden har oppgitt overfor norske myndigheter. I mars 2000 endret politidistriktet likevel identiteten i utlendingsregisteret til B født 20. august 1957 under henvisning til departementets vedtak 23.

mars 1994. Det ble også sørget for at tilsvarende endring ble foretatt i det sentrale folkeregisteret, med de konsekvenser dette innebærer.

Jeg er ikke kjent med hvilke rutiner som på dette tidspunktet ble fulgt i forhold til endring av identitet i utlendingsregisteret og dette har heller ikke vært gjenstand for undersøkelse herfra i denne saken. Det er imidlertid egnet til en viss undring at utlendingsmyndighetene etter seks års passivitet og til en viss grad indirekte aksept av klagerens anførte identitet, om enn ifølge direktoratet på grunn av en inkurie, anså seg berettiget til å endre identiteten uten at klageren en gang ser ut til å ha fått anledning til å uttale seg skriftlig om spørsmålet.

#### *4. Utlendingsdirektoratets behandling av klagerens søknad om endring av identitet*

Det er på det rene at tvilen rundt klagerens identitet i hovedsak må sies å være skapt av ham selv fordi han har oppgitt, og dokumentert, to ulike identiteter og nasjonaliteter overfor henholdsvis tyske og norske utlendingsmyndigheter. Passet som han benyttet som dokumentasjon i Tyskland, på den identiteten som han hele tiden overfor norske myndigheter har fastholdt er uriktig, ble også verifisert av Ys myndigheter som ekte.

Direktoratet har vist til at det i slike saker alltid vil være snakk om ressurser når det gjelder verifiseringer og at direktoratet, dersom en allerede registrert identitet er verifisert som ekte, vanligvis ikke vil bruke flere ressurser på å verifisere andre identiteter søkeren måtte hevde å ha. Dette er begrunnelsen for at direktoratet i utgangspunktet ikke fant grunn til å foreta en verifikasjon av den dokumentasjonen klageren senere la frem i form av fødselsattest og pass.

Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 har forvaltningsorganet plikt til å påse at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Bestemmelsen kommer direkte bare til anvendelse i forhold til enkeltvedtak. Lovavdelingen har i uttalelse 26. april 2004 konkludert med at innvilgelse eller avslag på en søknad om endring av identitet i utlendingsregisteret ikke i seg selv er et enkeltvedtak som kan påklages. Hvorvidt dette er en holdbar konklusjon finner jeg ikke grunn til å ta stilling til her. Utredningsplikten slik den er slått fast i forvaltningsloven § 17 er uansett uttrykk for et generelt forvaltningsrettslig prinsipp som også må legges til grunn for utlendingsmyndighetenes vurdering av et spørsmål som det foreliggende. Det nærmere omfanget av utredningsplikten vil måtte bero på en konkret vurdering der blant annet beslutningens betydning, ressursmessige forhold og partenes forutsetninger vil måtte avveies.

En slik identitetsendring som det her er tale om kan ha stor betydning for den det gjelder. Det vises i denne forbindelse til at endringene også blir foretatt i det sentrale folkeregisteret, noe som vil kunne få

betydning i en lang rekke sammenhenger. Dette tilsier en grundig saksbehandling for å sørge for størst mulig sikkerhet om at opplysningene som registreres er riktige. Ved vurderingen i det foreliggende tilfellet må det etter min mening bl.a. sees hen til at de fremlagte dokumentene er utstedt i navnet og fødselsdatoen som klageren i nesten 20 år overfor norske utlendingsmyndigheter har hevdet er riktig. Det må videre tas i betraktning at utlendingsmyndighetene forholdt seg passive i seks år før klagerens identitet første gang ble endret. Utlendingsmyndighetenes passivitet og den saksbehandling som fant sted i årene 1994 til 2000 kan ha vært egnet til å gi klageren inntrykk av at det ikke var aktuelt å foreta noen endring. Den nye fødselsattesten og det nye passet som ble fremlagt fra klagerens side var egnet til å trekke grunnlaget for den første identitetsendringen i tvil.

Jeg har merket meg direktoratets uttalelser knyttet til troverdigheten av dokumenter utstedt av Ys myndigheter, men kan ikke se at dette var noe avgjørende argument mot å foreta en verifikasjon av de nye dokumentene i dette tilfellet. De samme innvendinger som direktoratet her har pekt på, synes også å gjøre seg gjeldende i forhold til det første passet som ble verifisert som ekte av Ys myndigheter. Jeg har for øvrig merket meg advokatens anførsler om at utviklingen av forholdene i Y kan tilsi at saksbehandlingen der nå muligens fremstår som noe mer betryggende enn tidligere. Dette er imidlertid ikke kommentert fra direktoratets side og jeg har ikke grunnlag for selv å vurdere dette nærmere.

I dette tilfellet burde direktoratet i samsvar med prinsippet om forsvarlig saksutredning ha foretatt en verifikasjon av dokumentene på et tidligere tidspunkt i prosessen, til tross for at klageren selv hadde bidratt til å skape tvil om sin egen identitet.

Saken har vist at det er grunn til å etablere klare rutiner for behandlingen av krav om endringer i registrerte identitetsopplysninger. I brev 25. oktober 2006 til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, mottatt her som kopi i forbindelse med ombudsmannssak 2006/628, opplyste Utlendingsdirektoratet at det hadde under utarbeidelse et rundskriv som skal erstatte RS 2002-147 SODA (Endring av navn/fødselsdato/identitet). Det ble opplyst at det kommende rundskrivet skal gi retningslinjer for registrering av identitetsopplysninger og om endring av registrerte identitetsopplysninger. Direktoratet ga i brevet uttrykk for at rundskrivet ville bli ferdigstilt i løpet av februar i 2007.

Det er ikke mottatt noen ytterligere opplysninger her om direktoratets videre arbeid med rundskrivet og i følge direktoratets nettsider er det tidligere rundskrivet fortsatt gjeldende. Jeg ber direktorat gi meg en orientering om status i arbeidet og oversende en kopi av rundskrivet når det foreligger.»

Utlendingsdirektoratet redegjorde i brev 30. november 2007 for det pågående arbeidet med nytt rundskriv om «Registrering, vurdering og endring

av identitet etter utlendingsloven». Det ble bl.a. opplyst at et utkast til rundskriv var oversendt Arbeids- og inkluderingsdepartementet og at det ble tatt sikte på å ferdigstille rundskrivet så snart det var mottatt tilbakemelding fra departementet.

## Skatt, ligning, toll og avgift

### 70.

#### Eiendomsskatt på fritidsboliger – Grunnloven § 105 og Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK)

(Sak 2007/1187)

*I brev til ombudsmannen tok Skattebetalerforeningen opp en endring i lov om eiendomsskatt til kommunane 6. juni 1975 nr. 29 § 3. Endringen medfører at kommunestyrene nå kan skrive ut eiendomsskatt i hele kommunen og ikke bare i nærmere spesifiserte avgrensede områder som tidligere. Skattebetalerforeningens henvendelse gjaldt spesielt innføringen av eiendomsskatt på typiske fritidsboliger. Det ble bl.a. vist til at eiere av fritidsboliger ikke har stemmerett ved kommunevalg (med mindre de bor i den samme kommunen de har fritidsbolig) og at eierne da ikke kan påvirke hvorvidt det skal være eiendomsskatt eller ikke.*

*Ombudsmannen tok opp enkelte sider ved lovendringen med Finansdepartementet av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5. På bakgrunn av det svaret departementet ga, lot ombudsmannen saken bero. Han ga samtidig uttrykk for at Skattebetalerforeningen hadde satt søkelyset på prinsipielle spørsmål av betydning for mange som eier fritidsbolig i Norge. Spørsmålet om forholdet til Grunnloven og Den Europeiske Menneskerettskonvensjon ville imidlertid først kunne vurderes konkret i en sak der takseringsgrunnlaget var fastsatt.*

Ombudsmannen mottok en henvendelse fra Skattebetalerforeningen i tilknytning til endringen i lov om eiendomsskatt til kommunane 6. juni 1975 nr. 29 § 3 (i kraft fra og med skatteåret 2007) om at kommunestyrene kan bestemme at det skal skrives ut eiendomsskatt i hele kommunen og ikke bare i nærmere spesifiserte avgrensede områder som tidligere. Endringen medfører bl.a. at kommunene nå kan skrive ut eiendomsskatt også på typiske fritidsboliger. Skattebetalerforeningen pekte på at eiere av fritidsboliger normalt ikke har stemmerett ved kommunevalg i den kommunen boligen ligger, og at de da ikke kan påvirke hvorvidt det skal være eiendomsskatt eller ikke. Foreningen ga også uttrykk for bekymring for at kommunepolitikere kan la seg friste til å fast-

sette takster og sonerfaktorer som gjør at hytteeiere kan måtte ta en uforholdsmessig andel av skattebyrden.

Ombudsmannen besluttet å undersøke nærmere enkelte sider ved lovendringen av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5.

I brev fra ombudsmannen til Finansdepartementet fremgikk:

«1. Skattebetalerforeningens henvendelse gjelder spesielt innføring av eiendomsskatt på typiske fritidsboliger. Foreningen viser til at eiere av fritidsboliger ikke har stemmerett ved kommunevalg (med mindre de bor i samme kommune som de har fritidsbolig), og at eierne da ikke kan påvirke hvorvidt det skal være eiendomsskatt eller ikke. På samme måte kan disse eierne heller ikke påvirke skattesatsen, bunnfradraget eller hva skatteinntektene skal brukes til. Samtidig vil de forbruke mindre av kommunale tjenester enn de fastboende. Foreningen anfører at «[k]ommunens store grad av frihet ved fastsetting av takster som grunnlag for utskrivning av eiendomsskatt kombinert med hytteeieres manglende stemmerett utgjør etter vår oppfatning et demokratisk problem.».

Det forhold som Skattebetalerforeningen her påpeker kan ikke sees drøftet i Ot.prp. nr. 77 (2005-2006) om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen, (men kan sees anført av Finanskomiteens medlemmer fra Høyre i Innst. O. nr. 65 (2005-2006) s. 27).

Ombudsmannen ber om Finansdepartementets syn på om spørsmålet burde vært tatt opp på en tydelig måte i proposisjonen og om eventuelle øvrige merknader til anførselen.

2. Verken Grunnloven § 105 eller Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK), Tilleggsprotokoll (TP) 20. mars 1952 artikkel 1 om vern av eiendom, jf. menneskerettsloven § 2, er normalt til hinder for alminnelig beskatning når skatten er ilagt under hensyntagende til bl.a. alminnelige likhetsprinsipper, ikke er uforholdsmessig og det ikke foreligger diskriminerende elementer i denne, jf. EMK artikkel 14 om forbud mot diskriminering. Det bes om Finansdepartementets syn på om det forhold at beskatningen besluttet av et folkevalgt organ, men der den enkelte skattyteren ikke kan påvirke beslutningen gjennom valg, kan utgjøre en ulovlig diskriminering eller på annen måte være et problem i forhold til Grunnloven eller TP artikkel 1.

3. Skattebetalerforeningen viser til at det er kommunene som skal fastsette taksten og at det er anledning til å operere med varierende kvadratmetersatser i ulike soner og å benytte forskjellige sonerfaktorer. Foreningen mener det er en fare for at kommunepolitikere «kan la seg friste til å fastsette takster og sonerfaktorer slik at hytteeiere blir tvunget til å ta en uforholdsmessig stor andel av skattebyrden uten at gruppen kan påvirke utfallet via kommunevalg eller egnede politiske eller administrative organer», men

at dette kan løses ved at kommunenes grad av frihet ved fastsetting av takster reduseres via en lovendring eller gjennom forskriftsregulering. Ombudsmannen er kjent med Finansdepartementets brev 19. juni 2007 til Skattebetalerforeningen der departementet kom med generelle merknader til kommunenes taksering som svar på et brev 5. juni 2007 fra Skattebetalerforeningen vedrørende en kommunes (Trysil) retningslinjer for taksering. Det bes imidlertid opplyst om departementet har erfaringer som tilsier at det bør lov- eller forskriftsreguleres nærmere hvordan taksten skal fastsettes.»

Finansdepartementet svarte:

«1. Ombudsmannen har bl.a. på bakgrunn av Skattebetalerforeningens anførsel om at kommunenes store grad av frihet ved fastsetting av takster som grunnlag for utskrivning av eiendomsskatt kombinert med hytteeieres manglende stemmerett utgjør etter vår oppfatning et demokratisk problem, spurt om dette forholdet burde vært tatt opp på en tydeligere måte i Ot.prp. nr. 77 (2005-2006) Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivninga mv. og om eventuelle øvrige merknader til denne anførselen.

Finansdepartementet har ikke sett dette forholdet som noe demokratisk problem, og håper at heller ikke Ombudsmannen vil gjøre det. Stortinget uttrykte ikke savn av en nærmere drøftelse i proposisjonen av temaet, og tok ikke selv opp noen slik drøftelse. Etter departementets syn er Skattebetalerforeningens kritikk på dette område uten reelt grunnlag.

Den tidligere begrunnelsen for eiendomsskatten, nemlig som refusjon av kostnader ved kommunale tjenester knyttet til faste eiendommer, falt bort allerede ved vedtakelsen av den någjeldende eiendomsskatteloven av 1975, se Ot.prp. nr. 44 (1974-75). Også den sentrale Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1985 side 1339 (Fana-dommen) understreker dette ved å vise til at det forhold at tettbebyggelsen medfører utgifter ikke lenger er det eneste grunnlag for eiendomsbeskatning. Dette lå også til grunn da Regjeringen fremmet forslag til endringer i eiendomsskatten i forbindelse med Revidert nasjonalbudsjett 2006. Formålet med å gi adgang til å skrive ut eiendomsskatt i hele kommunen, har ikke vært å utvide eiendomsskatten prinsipielt, men å gjøre det mulig i de kommuner som ønsker det, å fjerne en gammel forskjellsbehandling av likeartede eiendommer ut fra beliggenheten innenfor samme kommune. Videre var det ønskelig å gjøre det mulig å fjerne uklarheter i regelverket som har gitt opphav til en rekke tvister og rettssaker. Kommunene kan, ved den valgfriheten som er innført, dermed unngå de tvister og den misnøye som har vært knyttet til utskrivning av eiendomsskatt i enkelte kommuner. Ved en opphevelse av begrensningen til bymessig strøk vil alle eiendommer som ligger utenfor bymessig bebyggelse, herunder forretningseiendommer, boligeiendommer og fritidsboliger, også bli eiendomsbeskatningspliktige.

Bakgrunnen for denne alminneliggjøringen av eiendomsskattelovas virkeområde var ikke å innføre en prinsipielt ny hytteskatt. Også tidligere kunne fritidseiendommer ilegges eiendomsskatt dersom disse lå innenfor det området som var »utbygd på byvis» i kommunen. I flere tett-

bygde hytteområder var eiendomsskatt innført forut for lovendringen. Det har også lenge eksistert leiligheter m.v i større byer, der eieren har bodd et annet sted og benyttet leiligheten som urban fritidsbolig. Men det er selvsagt slik at antallet skattepliktige fritidsboliger får en helt annen dimensjon etter utvidelsen av lovens virkeområde. Det er formentlig bakgrunnen for Skattebetalerforeningens engasjement i saken.

Lovendringen omfatter også bl.a. faste boliger utenfor tettbygd strøk. Slike er det svært mange av i Norge. Det er således intet hold i å karakterisere lovendringen som et selektivt hyttetiltak. I nylig fortolkningsuttalelse har departementet for øvrig slått fast at kommunen ikke har adgang til å diskriminere utenbygdsboende gjennom mer lempelige verdsettingsregler for fastbolig enn for fritidsbolig. Se om dette nedenfor under pkt. 3.

Ut fra betraktninger om skatteevne, likhet, utnyttelse av lokale skatteobjekter og rasjonell finansiering av den kommunale økonomi, er det liten grunn til å hindre kommunene i å skattlegge både by og land når det gjelder bolig- og fritidseiendommer. For så vidt kunne det være større grunn til å spørre hvorfor lovgiveren ikke har gjort likebehandlingen obligatorisk, men i stedet lar kommunene velge om den gamle områdeavgrensningen mellom utbygd og ikke utbygd »på byvis» skal anvendes eller ei. Grunnen til denne frihetsgrad for kommunene ligger dels i at den gamle avgrensningen har blitt godt etablert i mange kommuner, og dels i at det anses ønskelig at kommunene har visse frihetsgrader i sin eventuelle eiendomsbeskatning.

Skattebetalerforeningens vektlegging av demokratihensynet skyldes at eiere av fritidseiendom ofte ikke bor slik at de har stemmerett i eiendomskommunen. De aller fleste eiere har imidlertid stemmerett ved stortingsvalg. Den kommunale eiendomsbeskatning er basert på fullmaktslovgivning, der Stortinget har tildelt kommunestyrene en lokal beskatningsmyndighet med visse frihetsgrader. Situasjonen er den samme ved tyngende vedtak som kommunene treffer på andre saksområder i henhold til fullmaktslovgivning. Verken på skatteområdet eller andre områder er det ønskelig eller mulig å begrense slike tyngende, kommunale vedtak slik at de bare rammer personer med stemmerett i kommunen. De demokratiske hensyn er her godt ivare tatt ved at kommunen har fått sin fullmakt fra den folkevalgte nasjonalforsamlingen, og utøver fullmakten gjennom sin lokale, folkevalgte forsamling. Noe krav eller forventning om at fullmakten bør begrenses ut fra stemmerettshensyn, kan ikke med rimelighet oppstilles.

Foreningen retter ikke tilsvarende kritikk mot andre tilfeller der skatteplikt gjøres gjeldende uten at skattyteren har stemmerett til den folkevalgte forsamling som vedtar skatteplikten. Dette gjelder stedbundet skatteplikt i annen kommune enn bostedskommunen, innflytteres skatteplikt i riket før de blir statsborgere med stemmerett, utlendingers skatteplikt for eiendom, arbeid og virksomheter, osv. I de to sistnevnte typetilfellene er det ikke en gang stemmerett ved stortingsvalg. Alle disse typetilfellene av skatteplikt uten stemmerett bekrefter at det åpenbart ikke kan oppstilles noe demokratihensyn mot å skattlegge også utenbygdsboende hytteeiere i en kommune.

Finansdepartementet vil også vise til at det at

hytteeiere ikke har stemmerett eller innflytelse i hyttekommunen, har vært anført som et argument i privat lovforslag om å oppheve eiendoms-skatteloven, se Dokument 8:50 (2006-2007). Ved Stortingets behandling av forslaget, se Innst. O. nr. 95 (2006-2007), har ikke finanskomiteens flertall kommentert denne anførselen.

Det generelt hevdvunne prinsipp om det representative folkestyrets rådighet over beskatningen har sine røtter fra den amerikanske revolusjon på 1770-tallet («No taxation without representation»), og er nedfelt i Grunnloven § 75 a. Det sier seg selv at prinsippet er av overordnet karakter og ikke setter noen individuelle begrensninger ut fra stemmerettshensyn eller lignende. Gitt de alminnelige, demokratiske prosesser bak utformingen av den norske eiendomsbeskatning, ser departementet ingen grunn til å anse hyttebeskatning som udemokratisk.

2.

Sivilombudsmannen har bedt om Finansdepartementets syn på om det forhold at beskatningen besluttes av et folkevalgt organ, men der den enkelte skattyter ikke kan påvirke beslutningen gjennom valg, kan utgjøre en ulovlig diskriminering eller på annen måte være et problem i forhold til Grunnloven eller Tilleggsprotokoll 20. mars 1952 til Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 1 om vern av eiendom, jf. menneskerettsloven § 2.

Svaret på dette følger langt på vei av det ovenstående. Lovlig skattlegging ut fra generelle, demokratiske prinsipper er ikke ekspropriasjon, og hindres ikke av Grunnlovens § 105 eller av EMK.

Grunnloven § 105 slår fast at den som blir fratatt sin eiendom skal ha rett til full erstatning. Skatter kan likevel pålegges dersom dette skjer etter et visst likhetsprinsipp. Det skal foreligge spesielle forhold og det skal svært mye til før skattelovgivning vedtatt av Stortinget vil betraktes som grunnlovsstridig ekspropriasjon. Departementet kan ikke se at det foreligger slike forhold når det gjelder den fullmakten kommunene har fått til å velge å kreve inn eiendomsskatt på alle eiendommer i en kommune.

Også forholdet til EMK må her anses uproblematisk. Selskaper og personer, både i Norge og i andre land, erverver i økende grad fast eiendom i andre land enn der hvor de er bosatt. I de aller fleste av disse tilfeller må slike utenlandske eiere tåle de skattebyrder som de blir pålagt i eiendomsstaten, uten noen stemmerett der. Departementet er ikke kjent med at det internasjonalt er reist spørsmål knyttet til at dette er i strid med EMK. Dersom dette skulle være i strid med EMK, ville statenes beskatningsrett av utenlandsboende i stor grad begrenses. Det er uantakelig. Eiendomsbeskatningen i Europa er meget utbredt, til dels på et vesentlig høyere nivå enn det norske. Vi har ingen holdepunkter for at denne beskatningen i Europa strider mot EMK fordi om den rammer eiere som ikke har stemmerett i det lokale distrikt hvor beskatningen besluttes.

På denne bakgrunn kan vi ikke se at den kommunale adgangen til å vedta en eiendomsskatt som også omfatter eiere uten stemmerett i kommunen, er noe problem i forhold til Grunnloven eller EMK.

3.

Sivilombudsmannen ber om at det blir opplyst om departementet har erfaringer som tilsier at det bør lov- eller forskriftsreguleres nærmere hvordan taksten skal fastsettes.

Eigedomsskattelova § 33, jf. byskattelova 1911 § 5, fastsetter at eiendommene skal verdsettes til objektiv omsetningsverdi. Dette gjelder både bolig- og fritidseiendom. En rekke kommuner benytter en såkalt reduksjonsfaktor i takstene. Dette innebærer at eiendommene takseres til omsetningsverdi, men at skatten skrives ut på et redusert skattegrunnlag som eksempelvis kan utgjøre 60, 70 eller 80 prosent av markedsverdien. Undersøkelser viser at gjennomsnittlig skattegrunnlag ligger til dels betydelig under markedsverdi.

Departementet er kjent med at mange kommuner gjør bruk av sjablonger for å fastsette omsetningsverdien. Vi har tidligere uttalt at vi ikke har innvendinger til dette, så fremt det kommer i tillegg til befaring og at likhetsprinsippet ivaretas. Likhetsprinsippet tilsier for eksempel at forskjeller i kvadratmetersats fortrinnsvis må skyldes forhold som ikke samvarierer sterkt med størrelsen på gulvarealet, for eksempel ulik beliggenhet på boligfelt og hyttefelt, ulikt nivå på standard mv. I dette ligger at for eksempel en vesentlig høyere kvadratmetersats for hytter enn for fast bolig ikke er lovlig, med mindre det foreligger gjennomgående verdiforskjeller som kan begrunne satsforskjellen. Fordi det må kunne aksepteres et betydelig sjablongelement i takseringssystemene i kommunene, vil det med en slik generell begrunnelse kunne opereres med ulike kvadratmetersatser for bolig og hytte, selv om det i enkelttilfeller da kan bli ulik takst på to reelt like verdifulle eiendommer. Se vedlagte kopi av vårt brev 19. juni 2007 til Skattebetalerforeningen.

Det vil aldri være adgang til å sette taksten høyere enn omsetningsverdien. De eiendoms-skattepliktige vil ha adgang til å påklage taksten administrativt, og eventuelt gå til søksmål mot kommunen.

Samlet finner departementet at hensynet til rettssikkerheten er ivaretatt på dette punktet.

Det vil videre etter Finansdepartementets mening være vanskelig å utforme generelle regler som både skal passe på ulike typer av eiendommer og i forhold til lokale variasjoner fra kommune til kommune. Sentral taksering ved hjelp av sjabloner vil bli veldig grov og unøyaktig i og med at boligstrukturen i Norge er så ulik. Det har vist seg vanskelig å fastsette generelle kriterier for beregning av eiendommers verdi, som både er treffsikre og enkle å praktisere. På denne bakgrunn anser departementet det foreløpig lite hensiktsmessig å lov- eller forskriftsfeste nærmere regler for taksering. Vi har heller ikke fått særskilte tilbakemeldinger eller signaler som tyder på at dette er ønskelig eller nødvendig.»

Jeg ga i et avsluttende brev til Finansdepartementet uttrykk for følgende:

«Skattebetalerforeningen har i henvendelsen hit satt søkelys på prinsipielle spørsmål av betydning for mange av eier fritidseiendom i Norge. På bakgrunn av det svaret Finansdepartementet har gitt i brevet 23. oktober 2007, lar jeg nå saken bero.

Spørsmål om forholdet til Grunnloven og Den Europiske Menneskerettskonvensjon kan først vurderes konkret i en sak der takseringsgrunnlaget er fastsatt.

Jeg har merket meg at Finansdepartementet mener det kan være vanskelig å utforme regler om hvordan taksten skal fastsettes. Departementet viser til at reglene skal kunne passe på ulike typer av eiendommer og i forhold til lokale variasjoner fra kommune til kommune. Det har derfor vist seg komplisert å fastsette generelle kriterier for beregning av eiendommers verdi som både er treffsikre og som er enkle å praktisere.

Min gjennomgang av saken er med dette avsluttet.»

## 71.

### **Sak med utgangspunkt i de særskilte reglene om skattefradrag etter skattefunnordningen – ettergivelse av forsinkelsesgebyr**

(Sak 2006/2174)

*Skattefradragsordningen - Skattefunn - gir skattytere som driver virksomhet i Norge et fradrag i skatt på inntil 20 prosent av kostnader til forsknings- og utviklingsprosjekter etter nærmere fastsatte regler. Hvis det fastsatte fradraget overstiger den utlignede skatten skal det overskytende beløpet utbetales ved avregningsoppgjøret etter skattebetalingsloven. Ordningen er hjemlet i skatteloven 26. mars 1999 nr. 16 § 16-40 med tilhørende forskrifter og administreres av Norges forskningsråd i samarbeid med Innovasjon Norge (tidligere SND).*

*Denne saken hadde sitt utgangspunkt i Skattefunnordningen. A mente selskapet han var styreformann i og daglig leder for var blitt «grovt villedet og feilinformert av Staten» om Skattefunnordningen. I følge A var det denne feilinformasjonen som hadde ført til at selskapet, første gang for inntektsåret 2002, søkte Norges forskningsråd om godkjenning av et omfattende FoU-prosjekt som fradragsberettiget etter Skattefunnordningen. Selskapets og aksjonærenes engasjement i dette prosjektet, var i følge A fullt ut basert på denne informasjonen som etter hans mening, var feilaktig. Det påfølgende økonomiske tapet for selskapet og aksjonærene ble derfor anført å være en direkte følge av denne feilinformasjonen. Klagen hit omfattet i tillegg et avslag på en søknad om ettergivelse av forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven.*

*Ombudsmannen kom til at det knyttet seg begrundet tvil til om søknaden om ettergivelse av forsinkelsesgebyret ble underlagt en så bred og helhetlig vurdering som regnskapsloven § 8-3 tredje ledd første punktum annet alternativ krever, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Det ble derfor bedt om at avslaget ble tatt opp til ny vurdering i lys av ombudsmannens merknader.*

*Finansdepartementet vurderte etter dette ettergivelsessaken på nytt, men fastholdt avslaget.*

A var styreformann og daglig leder i selskapet X (heretter selskapet). A mente seg lurt av offentlige myndigheter i forbindelse med at selskapet søkte og fikk godkjent et FoU-prosjekt som fradragsberettiget etter Skattefunnordningen for inntektsåret 2002. A mente han og selskapet var blitt «grovt villedet og feilinformert av Staten, som førte til at vi foretok handlinger og investeringer vi ellers aldri ville ha gjort - handlinger som ble fatale på grunn av Statens SkatteFUNN rot[et].» Han anførte at saken hadde medført et økonomisk tap på minst kr 3 207 870 for selskapet og at den kompensasjonsordningen som ble vedtatt av Stortinget 17. juni 2005, jf. forskrift 7. februar 2006 om kompensasjon for ulønnet arbeidsinnsats m.v., ikke kunne anses å bøte tilstrekkelig på den urett han mente seg utsatt for.

Før selskapet søkte om å få FoU-prosjektet godkjent som Skattefunn-prosjekt, mente A å ha blitt informert fra SND og Norges forskningsråd om at også ulønnet arbeidsinnsats var fradragsberettiget. Selskapet hadde etter det som ble opplyst, derfor ved sine investeringer, prosjekteringer m.v. og i selvangivelsen for inntektsåret 2002 forholdt seg til at ulønnet arbeidsinnsats ville gi skattefradrag ved ligningen. Ved den ordinære ligningen for 2002 ble opplysningsene i selvangivelsen til selskapet lagt til grunn, og selskapet fikk i november 2003 utbetalt kr 612 000. Som følge av et senere bokettersyn, endret ligningsnemnden selskapets ligning for inntektsåret 2002 slik at fradragsgrunnlaget ble redusert med kr 2 354 980.

Klagen hit gjaldt også Finansdepartementets stadfestelse av Kredittilsynets tidligere opprettholdelse av Regnskapsregisterets avslag på en søknad om ettergivelse av ilagt forsinkelsesgebyr på kr 28 730 for selskapets manglende innsending av årsregnskap m.v. for 2003.

I brev til Finansdepartementet ble det blant annet bedt om å få bekreftet at det var korrekt at Skattefunnkompensasjonsordningen, vedtatt av Stortinget 17. juni 2005, ikke ville avskjære skattyters adgang til å reise søksmål om erstatning etter skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26 for økonomisk tap som ikke dekkes av ordningen. Det ble også bedt om Finansdepartementets generelle merknader til om krav om tilbakebetaling fra skattyter som i god tro hadde innrettet seg på at ulønnet arbeidsinnsats skulle gi rett til skattefradrag, og så også hadde fått utbetalt «negativ skatt», burde vært vurdert i lys av de ulovfestede reglene om «condictio indebiti».

Videre ble det bedt om kommentar til at det ved vurderingen av om forsinkelsesgebyret kunne ettergis ikke ble lagt vekt på den vanskelige situasjonen som oppstod for enkelte skattytere som i 2002 og 2003 i god tro hadde innrettet seg på at Skattefunnordningen ville gi fradrag for ulønnet arbeidsinnsats.

Finansdepartementet bekreftet i svarbrevet at kompensasjonsordningen som var vedtatt av Stortinget, ikke var ment å avskjære skattyters adgang til å



reise søksmål med krav om erstatning i medhold av skadeserstatningsloven. Til spørsmålet om krav om tilbakebetaling burde vært vurdert i lys av de ulovfestede reglene om «*condictio indebiti*», ble det vist til at reglene om rett til skattefradrag for Skattefunn-prosjekter er forankret i skatteloven og at saksbehandling og klagebehandling for skattefradraget følger reglene i ligningsloven, jf. Finansdepartementets forskrift til skatteloven 26. mars 1999 nr. 14 § 16-40-9 første og annet ledd.

Departementet reservert seg overfor påstandene om at det var gitt villedende informasjon fra statens side omkring spørsmålet om ulønnet arbeidsinnsats var omfattet av Skattefunn, og mente dette ikke var dokumentert.

Når det gjaldt avslaget på søknaden om ettergielse av forsinkelsesgebyr, ble det vist til at det fra departementets side var lagt vekt på at brukerne av regnskapene til foretak i en økonomisk vanskelig situasjon, kan ha et særlig behov for rettidig regnskapsinformasjon og at en effektiv håndheving av innsendingsplikten er viktig også overfor slike foretak. Det ble fastholdt at uvisshet rundt Skattefunnordningen og økonomiske problemer som følge av dette ikke var tilstrekkelig grunn til å ettergi forsinkelsesgebyret etter regnskapsloven.

I et senere brev utdypet Finansdepartementet sine reservasjoner mot at det var gitt villedende informasjon fra staten omkring spørsmålet om ulønnet arbeidsinnsats var omfattet av Skattefunn. I informasjonen som ble gitt fra SND/Forskningsrådet gjaldt begrepet «egeninnsats» betalt arbeid. Som dokumentasjon fulgte plansjer som ble brukt i presentasjonen av Skattefunn hvor det fremgikk at egeninnsats ble definert som lønnet arbeidsinnsats. Som svar på en henvendelse fra Forskningsrådet om dette i november 2002 hadde departementet i sitt svar i desember 2002 også gitt klart uttrykk for at ulønnet innsats ikke var omfattet av Skattefunn. Med departementets brev fulgte i tillegg en uttalelse fra Forskningsrådet i anledning saken her. Her het det bl.a:

«Det er riktig som A påpeker at det både i muntlig og skriftlig form fra Innovasjon Norge/Forskningsrådet ble hevdet at egeninnsats i SkatteFUNN prosjekter ble honorert. Men dette henger sammen med at kostnadene må være dokumenterbare og fradragsberettiget etter skattelovens § 16-40. Ulønnet arbeid var ikke og er ikke fradragsberettiget i hht. denne paragrafen. Det er derfor svært beklagelig at A har fremført dette i sin dokumentasjon og fått dette revisorattestert i vedlegget til selvangivelsen RF-1053 for 2002.»

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «I. *Condictio indebiti*

1. I brev til Finansdepartementet ba ombudsmannen om departementets generelle merknader til om krav om tilbakebetaling av skattepenger fra skattytere som hadde mottatt pengene i god tro som følge av uttalelser fra Norges forskningsråd og SND om at verdien av ulønnet arbeidsinnsats var fradragsberettiget under Skattefunnordningen, burde vært vurdert i lys av de ulovfestede reglene om «*condictio indebiti*».

2. Finansdepartementet har i brevet hit bl.a. bemerket:

«Som nevnt er reglene om rett til skattefradrag i Skattefunn-prosjekter forankret i skatteloven, og behandles av ligningsmyndighetene i tilknytning til ligningsbehandlingen. Saksbehandling og klagebehandling for så vidt gjelder skattefradraget følger reglene i ligningsloven, jf. Finansdepartementets forskrift til skatteloven § 16-40-9 første og annet ledd.

Reglene om endring av ligning etter initiativ fra ligningsmyndighetene følger av ligningsloven § 9-5. Ligningsloven § 9-6 fastsetter frister for adgangen til å ta opp spørsmålet om endring av ligning. Fristen er ti år fra det aktuelle inntektsåret, og to år etter inntektsåret dersom endringen er til ugunst for skattyter, og denne ikke har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Dette innebærer at skattytere med godkjent Skattefunn-prosjekt må være forberedt på at fradraget for kostnader til prosjektet kan bli redusert eller bortfalle innenfor de frister som er angitt. Adgangen til slik endring er regulert, og Finansdepartementet kan derfor ikke se at instituttet med *condictio indebiti* er aktuelt i denne sammenheng.

For rett til krav etter kompensasjonsordningen ble det ikke stilt vilkår om at skattyterne skal ha trodd at de var berettiget, eller i god tro, med hensyn til retten til fradrag for utbetalt arbeidsinnsats. Dersom man kunne dokumentere at man hadde krevd fradrag i vedlegg til selvangivelsen, eller på annen måte dokumentere å ha utført ulønnet arbeidsinnsats, ville man ha krav på kompensasjon. Det ble presisert i forarbeidene at det ikke var et vilkår for rett til kompensasjon at man kunne dokumentere at det ble gitt feil informasjon fra myndighetenes side, jf. St. prp. nr. 65 (2004-2005) side 163 hvor det heter;

«Det legges til grunn at kompensasjonen ikke skal gis på grunnlag av erstatningsrettslige kriterier. Rett til kompensasjon forutsetter ikke at det dokumenteres å ha vært gitt feil informasjon fra myndighetene. Det skal gis kompensasjon for det manglende skattefradraget. Det gis ikke kompensasjon ut over beregnet støtte til ulønnet innsats i form av renter, tap av inntekter eller annet.» I en slik ordning synes det ikke naturlig å vurdere spørsmålet om det foreligger *condictio indebiti*.»

3. Etter denne redegjørelsen, kan det neppe reises rettslige innvendinger til departementets standpunkt om at det ikke kan være relevant å innbefatte

en «*condictio indebiti*-vurdering» i vurderingene etter ligningsloven § 9-5 nr. 7 der temaet vil være om endringssak skal reises.

4. De ulovfestede reglene betegnet som «*condictio indebiti*» bør likefullt i konkrete tilfeller kunne være et relevant vurderingstema for innfordringsmyndighetene når et vedtak i en endringssak etter ligningsloven har resultert i et tilbakesøkingsskrav som i utgangspunktet skal innfordres etter reglene i skattebetalingsloven.

5. Jeg er kjent med at dette spørsmålet er drøftet i forarbeidene til den nye skattebetalingsloven 29. april 2005 nr. 29 som foreløpig ikke har trådt i kraft, jf. Ot.prp. nr. 83 (2004-2005) kapittel 7 punkt 7.3. Det følger av § 1-3 i denne loven at det ved en forhøyelse av skatte- og avgiftskrav, eller der det ved retting av et gjennomført oppgjør oppstår krav om tilbakebetaling av et beløp som tidligere er utbetalt skyldneren, vil innkrevingsmyndighetene som hovedregel kunne kreve inn beløpet uavhengig av om mottakeren har vært i god tro. I departementets egne merknader til § 1-3 i kapittel 27 i Ot.prp. nr. 83 (2004-2005) er det blant annet uttalt at uten en slik bestemmelse vil det være uklart i hvilken utstrekning slike krav kunne innfordres som andre skattekrav, eller om tilbakebetalingskravene skulle vurderes som et sivilrettslig pengekrav der læren om *condictio indebiti* kommer til anvendelse. Jeg har merket meg presiseringen av at bestemmelsen er en kanregel og at det ved vurderingen av om beløpet skal kreves tilbake må tas hensyn til om det vil være åpenbart urimelig å gjøre et tilbakesøkingsskrav gjeldende. Det fremgår ellers at bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett for bl.a. formues- og inntektsskatt.

6. I klagen hit er det ikke anført at innfordringsmyndighetene forsøkte å inndrive det skattekravet som oppstod ved ligningsnemndas vedtak før tvangsopløsningen av selskapet i juli 2006. Det er derfor ikke funnet grunn til å undersøke dette forholdet nærmere. Det fremgår imidlertid at kemneren i en fordringsanmeldelse fremsatte et slikt skattekrav overfor konkursboet.

7. Ombudsmannens undersøkelser må begrenses til og baseres på det som fremgår av sakens dokumenter. Den uenighet som foreligger mellom staten og A når det gjelder påstanden i klagen om at skattyteren er blitt villedet av staten med hensyn til om ulønnet arbeidsinnsats var omfattet av fradragreglene i Skattefunnordningen, er derfor ikke godt egnet for avklaring her. Jeg har derfor ikke tilstrekkelig grunnlag til å ta et standpunkt og uttale noe om dette tvistepunktet i denne saken.

## II. Avslaget på søknaden om ettergivelse av forsinkelsesgebyret

1. [De relevante bestemmelsene i] regnskapsloven 17. juli 1998 nr. 56 § 8-3 første til tredje ledd har denne ordlyd:

«Dersom årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning som skal sendes til Regnskapsregisteret ikke er avsendt før 1. august i året etter regnskapsåret, skal den regnskapspliktige betale forsinkelsesgebyr inntil innsendingsplikten er oppfylt, men ikke for mer enn 26 uker. ...

Dersom påløpte forsinkelsesgebyr ikke betales innen tre uker etter påkrav fra Regnskapsregisteret, svarer den regnskapspliktiges styremedlemmer solidarisk for påløpt gebyr. Har ikke den regnskapspliktige styre, svarer deltakerne eller medlemmene og daglig leder solidarisk for gebyret. Solidarskyldnerens ansvar etter dette ledd er begrenset til gebyr påløpt frem til vedkommende fratradte sitt verv.

Regnskapsregisteret kan helt eller delvis ettergi forsinkelsesgebyret, dersom det blir gjort sannsynlig at innsendingsplikten ikke er overholdt som følge av forhold utenfor den regnskapspliktiges kontroll eller dersom særlige rimelighetsgrunner tilsier det. Regnskapsregisteret kan helt eller delvis fritta personer fra solidaransvar etter annet ledd i samsvar med reglene for ettergivelse av gebyret.»

2. Kredittilsynet har i klagevedtaket vist til at det ikke var godt gjort at regnskapene ikke var sendt inn som følge av forhold utenfor den regnskapspliktiges kontroll. Det ble heller ikke funnet å foreligge særlige rimelighetsgrunner som tilsa hel eller delvis ettergivelse, jf. regnskapsloven § 8-3 tredje ledd første punktum første og annet alternativ. Begrunnelsen for avslaget er utdypet i et senere brev til A. Kredittilsynet stilte seg ikke tvilende til at usikkerheten rundt Skattefunn fortonet seg som et forhold utenfor As kontroll. Tilsynet mente imidlertid at dette - i relasjon til ettergivelse i medhold av regnskapsloven § 8-3 tredje ledd - ikke faller inn under hva som menes med «utenfor den regnskapspliktiges kontroll». Det kan vanskelig herfra rettes innvendinger mot Kredittilsynets vurdering på dette punkt.

3. Det andre vurderingstemaet er om det forelå særlige rimelighetsgrunner som kunne tilsi hel eller delvis omgjøring. Kredittilsynet har i brev til A, der hans begjæring om omgjøring av vedtaket i klagesaken avslås, bl.a. uttalt:

«Kredittilsynet finner det ikke tvilsomt at selskapet blant annet i forbindelse med nevnte usikkerhet rundt skattefunnordningen, nå befinner seg i en vanskelig situasjon. Dette er etter Kredittilsynets vurdering likevel ikke et forhold som automatisk vil bli lagt til grunn som en særlig rimelighetsgrunn for ettergivelse av forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven § 8-3 tredje ledd. For at forsinkelsesgebyr skal kunne ettergis på dette grunnlaget mener Kredittilsynet at det må foreligge konkrete omstendigheter som tilsier at det vil være svært urimelig å opprettholde forsinkelsesgebyret i den situasjonen selskapet nå befinner seg i. Kredittilsynet vil her bemerke at selskapets problemer i forhold til skattefunnsaken er et annet forhold enn selskapets ansvar for rettidig innsendelse av komplett årsregnskap til Regnskapsregisteret, herunder ansvaret for betaling av forsinkelsesgebyr. For at selskapets problemer i forhold til skattefunnsaken skal kunne vektlegges ved vurderingen av ettergivelse av forsinkelsesgebyr på bakgrunn av særlige rime-

lighetsgrunner, må det etter Kredittilsynets vurdering sannsynliggjøres at skattefunnsaken har påført selskapet en slik belastning at opprettholdelse av forsinkelsesgebyret vil gi seg svært uheldige utslag. Kredittilsynet er etter vurdering av sakens dokumenter og øvrige opplysninger, ikke av den oppfatning at dette er forholdet i nåværende sak.

Svak økonomi i selskapet er ikke et forhold som vektlegges i en vurdering av ettergivelse på bakgrunn av særlige rimelighetsgrunner. Det forhold at selskapet nå har problemer med å betale forsinkelsesgebyret er således ikke et moment av betydning i denne vurderingen. Den omstendighet at De i egenskap av å være styreleder personlig må betale gebyret, er heller ikke et forhold som vil gi grunnlag for ettergivelse. Dersom ilagt forsinkelsesgebyr ikke blir betalt innen tre uker etter påkrav, utvides ansvaret til å bli et solidaransvar mellom selskapet og styremedlemmene. Det ligger således i forsinkelsesgebyrets natur at styreleder personlig kan bli avkrevd for hele beløpet. Svak økonomi hos den som på dette grunnlaget blir betalingsansvarlig, kan etter omstendighetene vektlegges som et relevant moment i en særlig rimelighetsvurdering. I den vurderingen foreligger det imidlertid etter Kredittilsynets oppfatning krav om varig nedsatt betalingsevne. Det er ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at De på sikt ikke vil være i stand til å betale gebyret. Kredittilsynet viser til at det i tilfeller som dette gis anledning til å søke om utsettelse av betalingen hos Statens Innkrevingsentral.»

Finansdepartementet har så i senere brev til klager sluttet seg til Kredittilsynets begrunnelse for avslaget. I svarbrevet hit er det også vist til at departementet legger vekt på at brukere av regnskap til foretak i en økonomisk vanskelig situasjon kan ha et særlig behov for rettidig regnskapsinformasjon og at en effektiv håndtering av innsendingsplikten derfor er viktig også overfor slike foretak. Dette gjelder uavhengig av årsaken til de økonomiske problemene. Uvisshet rundt Skattefunnordningen, og eventuelle avledede virkninger av dette, er etter departementets oppfatning ikke tilstrekkelig grunn til å ettergi forsinkelsesgebyret.

4. I forarbeidene til regnskapsloven, Ot.prp. nr. 42 (1997-98) heter det på side 205 om ettergivelsesadgangen ved «særlige grunner»:

«Departementet foreslår at regnskapsregisteret helt eller delvis kan ettergi forsinkelsesgebyret dersom det blir gjort sannsynlig at innsendingsplikten ikke er overholdt som følge av forhold utenfor de ansvarliges kontroll, eller dersom særlige rimelighetsgrunner tilsier det. Adgangen til ettergivelse ved «særlige rimelighetsgrunner» er ny i forhold til utvalgets forslag. Departementet mener at det bør være en snever adgang til å ettergi forsinkelsesgebyr. På den annen side bør reglene åpne for ettergivelse i tilfeller de[r] dette fremstår som det klart rimeligste for eksempel på grunn av en særlig vanskelig sosial eller økonomisk situasjon, selv om dette ikke kan anses som forhold utenfor den ansvarliges kontroll. Departementet er enig med Kredittilsynet i at dagens regler kan være for restriktive. Departementet

går derfor inn for en noe lempeligere regel om ettergivelse av forsinkelsesgebyr.»

5. Ombudsmannen har i en tidligere uttalelse (ombudsmannsak 2003/1899) referert i årsmeldingen for 2003 på side 229, uttalt at det følger av dette sitatet at «en særlig vanskelig sosial eller økonomisk situasjon» kun er eksempler på forhold som kan kvalifisere som «særlige rimelighetsgrunner». Også andre momenter, vil, enten alene, eller sammen med andre, kunne være å anse som «særlige rimelighetsgrunner» etter regnskapsloven § 8-3. Vurderingen av om det foreligger «særlige rimelighetsgrunner» vil således avhenge av en helhetlig vurdering av alle momentene som kan anses som relevante i forhold til spørsmålet om ettergivelse i den enkelte konkrete sak.

6. Etter en samlet vurdering av den informasjon som foreligger, har jeg kommet til at det kan reises spørsmål ved om det er foretatt en så helhetlig vurdering av om det forelå «særlige rimelighetsgrunner» som det må antas at regnskapsloven § 8-3 tredje ledd første punktum annet alternativ forutsetter i en sak som denne. I denne saken er det uenighet mellom staten (Finansdepartementet, Norges forskningsråd, Innovasjon Norge (SND)) og A om han/selskapet ble villedet eller feilinformert om ulønnet arbeidsinnsats var fradragsberettiget etter innvilget Skattefunn. Som nevnt ovenfor, kan jeg ikke ta stilling til dette faktiske tvistespørsmålet. Det er likevel neppe grunn til å tvile på at A selv mener å ha opptrådt i tråd med den informasjon han fikk, og at han derfor har opplevd at den håpløse økonomiske situasjonen som oppstod for selskapet var uforskyldt. Jeg viser også til at det som uttales i St.prp. nr. 65 (2004-2005) s. 163 om kompensasjonsordningen for ulønnet arbeidsinnsats innenfor Skattefunn:

«Regjeringen ser at endring av ligning og manglende skattefradrag, eventuelt tilbakebetaling av utbetalt støtte, kan ha kommet overraskende på enkelte skattytere. Disse kan ha startet prosjekter i den tro at det offentlige skulle finansiere deler av dette og kan derfor ha pådratt seg utgifter på uriktige premisser.»

7. Forsinkelsesgebyret på kr 28 730 er neppe av en slik størrelse at det alene og isolert sett kan betegnes som en urimelig belastning for A og de øvrige styremedlemmene i selskapet. A har for øvrig heller ikke dokumentert at han selv har en varig nedsatt betalingsevne. Jeg mener likevel at de spesielle forhold som denne saken har sin bakgrunn i burde ha vært vurdert mer inngående ved behandlingen av ettergivelsessøknaden.

8. A opplyser at han har drevet aksjeselskap i 20-30 år og at han aldri tidligere har vært for sen med å levere regnskap og årsberetning. Slik saken er opplyst fremstår det som om han selv opplevde saken, slik den utviklet seg etter at ligningen for inntektsåret 2002 ble tatt opp til endring, som en så uvant og

vanskelig personlig og yrkesmessig situasjon for ham at han av den grunn fikk nærmest uoverkommelige problemer med å oppfylle kravene i regnskapsloven til innsending av årsberetning, årsregnskap og revisjonsberetning innenfor de frister som gjaldt. I klagen til Regnskapsregisteret skriver han at «året 2004 [var] et kaos av usikkerhet og fortvilelse, hvor det ble full forvirring om vårt regnskap... Hadde vi ikke fått problemer med SkatteFUNN, hadde regnskapet blitt levert inn i tide som vi alltid har gjort.» A har også senere vist til at grunnen til at regnskapene ikke ble sendt inn var at regnskapsbyrået ikke ville føre dette fordi det ikke var garantert oppgjør. I forhold til regnskapsåret 2004 går dette frem av et brev fra Regnskapsbyrået til selskapet.

9. Det er forståelig at Finansdepartementet vektlegger at brukere av regnskapene til foretak i en økonomisk vanskelig situasjon kan ha særlig behov for rettidig regnskapsinformasjon. Dette hensynet vil alltid ha vekt. Jeg mener likevel at «eventuelle avledede virkninger» av «uvisshet rundt Skattefunnordningen», jf. departementets brev hit, i enkelte helt spesielle tilfelle kan ha så negative konsekvenser for den regnskapspliktige at disse vil kunne oppfylle lovens krav til «særlige rimelighetsgrunner» og derfor bør tillegges størst vekt ved behandlingen av ettergivelsessøknaden. De klagevedtak m.v. som foreligger etterlater derfor tvil om spørsmålet om det forelå «særskilte rimelighetsgrunner» ble underlagt en så forsvarlig vurdering i Kredittilsynet (og også i Finansdepartementet) som loven krever. Tvilen knytter seg særlig til at den ytterst vanskelige situasjon som selskapet og A kom i, og som A mener var en direkte følge av at selskapet i god tro gikk inn i sitt Skattefunn-prosjekt på gale premisser, ikke synes å være tillagt nevneverdig vekt. Den synes knapt å være vurdert. Det bes derfor om at ettergivelsessaken behandles på nytt i lys av det som er uttalt ovenfor, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Ombudsmannen ber om å bli orientert om utfallet av den nye vurderingen.»

Finansdepartementet vurderte etter dette ettergivelsessaken på nytt, men fastholdt avslaget. På bakgrunn av den nye vurderingen fant ombudsmannen å kunne la saken bero med den redegjørelsen som var gitt.

## 72.

### **Saksbehandling – bruk av bokettersynsrevisor til å utarbeide utkast til ligningsnemnda i endringssaker**

(Sak 2006/787)

*Ombudsmannen behandlet en klage på saksbehandlingen i forbindelse med bokettersyn og etterfølgende endringssak hos Oslo likningskontor. På bakgrunn av denne saken besluttet ombudsmannen av*

*eget tiltak og på generelt grunnlag å ta opp med Skattedirektoratet og Oslo likningskontor om ligningskontorets praksis med å la bokettersynsrevisor utarbeide utkast til ligningsnemnda i endringssaker er i strid med ligningslovens regler om inhabilitet og kravet til å opptre i samsvar med god ligningsforvaltningsskikk.*

*Ombudsmannen fant ikke avgjørende holdepunkter i gjeldende rett for at den praksis som Oslo likningskontor og Skattedirektoratet hadde redegjort for, om å la bokettersynsrevisor også utarbeide utkast til endringsvedtak til ligningsnemnda, er i strid med reglene om inhabilitet i ligningsloven § 3-8 eller kravet til god ligningsforvaltningsskikk. Med de forklaringer som Skattedirektoratet og Oslo likningskontor hadde gitt fant han derfor grunn til å la saken bero.*

En konkret klagesak overfor Skattedirektoratet om bokettersynsrevisors rolle ved utarbeidelse av utkast/innstilling til ligningsnemnda om endring av ligning ble avsluttet her da klageren i saken hadde brakt blant annet de saksbehandlingsspørsmålene som saken dreide seg om inn for domstolen. På bakgrunn av saken besluttet ombudsmannen av eget tiltak og på generelt grunnlag å ta opp med Skattedirektoratet og Oslo likningskontor spørsmål om bokettersynsrevisors oppgaver og saksforberedelse for ligningsnemnda i endringssak.

I den konkrete klagesaken ble det i brev herfra 15. juli 2005 til Skattedirektoratet (SKD) og i brev herfra 7. desember 2005 til Oslo likningskontor (OLK) stilt en rekke spørsmål, mange av mer generell karakter, i tilknytning til bokettersynsrevisors oppgaver og saksforberedelse for ligningsnemnda i endringssak som følge av gjennomført bokettersyn. Ettersom de svarene SKD ga i brev hit 23. september 2005 og OLK ga i brev hit 11. januar 2006 vedlagt blant annet brev 10. august 2005 fra OLK til SKD, i stor grad også var av generell karakter, ble det ikke funnet nødvendig å foreta ytterligere undersøkelser i saken. Undersøkelsene i saken baserte seg dermed på ovennevnte korrespondanse i den konkrete klagesaken.

I brev herfra 15. juli 2005 til SKD i den konkrete klagesaken ble SKD blant annet bedt om å opplyse om bokettersynsrevisor bare eventuelt vil anses inhabil og avskåret fra å forberede saken etter reglene i ligningsloven § 3-8 nr. 1 bokstav g, jf. samme bestemmelse nr. 3, og/eller om det i alle tilfeller vil være i strid med kravet om at ligningsmyndighetene opptrer i samsvar med god ligningsforvaltningsskikk at personen som har avgitt bokettersynsrapport også lager innstillingen til ligningsnemnda. Det ble bedt om SKDs merknader til hvilke arbeidsmessige og ressursmessige konsekvenser det kan medføre om saksforberedelsen i bokettersynssaker må legges opp slik at bokettersynsrevisor ikke kan utarbeide innstilling i saken. Videre ble det bedt opplyst om SKD mener at ligningsnemndas sammensetning og de

krav som stilles for å bli utnevnt som nemndsmedlem kan tilsi at habilitetsvurderingen blir noe annerledes enn det som oftest er situasjonen ved utarbeidelse av innstilling til andre organer innen forvaltningen, og om det kan påvirke hvilke krav man kan stille til ligningskontorets saksforberedelse i henhold til kravet om god ligningsforvaltningsskikk. Det ble i denne sammenheng herfra vist til at ligningsnemnda skal vurdere saker som bygger på bokettersyn som i mange tilfeller forutsetter svært fagspesifikke kunnskaper både av regnskapsmessig, økonomisk og juridisk karakter. Det ble også bedt opplyst, under forutsetning av at god ligningsforvaltningsskikk ikke i alle tilfelle krever at innstilling utarbeides av annen person enn bokettersynsrevisor, om i hvilken grad bokettersynsrevisors opplysninger og/eller vurderinger/konklusjoner i bokettersynsrapporten etter sin karakter kan være av betydning for om samme person bør forestå arbeidet med innstillingen. Herunder ble det bedt kommentert om det bør tillegges vekt om det i rapporten er foreslått tilleggsskatt. SKD ble bedt om å redegjøre noe nærmere for i hvilken grad det er - og om det i så fall alltid har vært - alminnelig praksis innenfor skatteetaten at bokettersynsrevisor forestår arbeidet med å lage innstilling til ligningsnemndene. Dersom praksis var uensartet eller endret eller hadde utviklet seg, ble det bedt opplyst om bakgrunnen for endringene.

SKD besvarte henvendelsen i brev 7. november 2005. I forhold til spørsmålene herfra knyttet til bokettersynsrevisors utarbeidelse av innstilling til ligningsnemnda, herunder spørsmål om praksis rundt dette, habilitet og god ligningsforvaltningsskikk samt konsekvensene dersom bokettersynsrevisor ikke skulle utarbeide innstillingen, skrev SKD blant annet:

«Ordlyden i § 3-8 nr. 1 bokstav g, jf. nr. 3 gir i seg selv begrenset veiledning, og det er her de uløvfestede reglene og reelle hensyn i forhold til begrepet god ligningsforvaltningsskikk gjør seg gjeldende. Lovens forarbeider, Ot. Prp. Nr. 29 (1978/79) s. 79, gir ingen veiledning for tilfeller som dette.

I Ligningslovens kommentarutgave ved Harboe, Leikvang og Lystad, omtales bestemmelsen i ligningsloven § 3-8 nr. 1 bokstav g, på følgende måte:

«Dette alternativet er en «sekkepost», som rammer de mer spesielle tilfelle som vanskelig kan tas med i oppregningen av mer konkrete og praktisk viktige inhabilitetstilfelle. Bestemmelsen kan ikke benyttes til generelle utvidelser av de spesielle regler.»

Etter vår oppfatning må spørsmålet om inhabilitet etter § 3-8 nr. 1 bokstav g vurderes konkret i den enkelte sak. Vi vil imidlertid knytte enkelte mer generelle bemerkninger til spørsmålet.

Ved likningskontoret er kompetansen til å beslutte bokettersyn tillagt ligningssjefen eller den han gir særskilt fullmakt, jf. forskrift 23.12.1983 om bokettersyn m.v. § 1. Selve gjennomføringen av bokettersynet og den etterfølgende forberedelse av saken for lignings-/over-

ligningsnemnd hører under ligningskontoret som sådan, jf. lignl. § 3-9 nr. 1, mens den konkrete arbeidsfordelingen i forhold til revisjon/saksbehandling ikke er nærmere regulert i lov eller forskrift.

Lovens bestemmelser er således ikke til hinder for at revisor har ansvar både for bokettersyn og forberedelse av saken for likningsnemnda/overlikningsnemnda.

Hovedformålet med en kontroll av en næringsdrivendes regnskaper er å klarlegge om lover og regler som gjelder på skatte- og avgiftsområdet er fulgt. På ligningssiden er formålet å fremskaffe et faktagrunnlag for å kunne vurdere om ligningen er korrekt. Bokettersynsrapporten vil dermed inneholde en beskrivelse og behandling av saksopplysninger som er relevante i forhold til den problemstilling som er tatt opp. Rapporten må inneholde alle relevante saksopplysninger for å kunne vurdere et forhold opp mot en rettsregel. Revisors vurderinger bør imidlertid unngås i rapporten.

Tradisjonelt har det vært et skille mellom revisjon/bokettersyn og etterfølgende saksbehandling. Rapportskrivning er en del av revisjon, mens saksbehandling er alt etterfølgende arbeid, herunder å foreta en rettslig bevisvurdering av sakens fakta.

Likningsmyndighetene står generelt overfor utfordringer i form av saksmengde og stadig økende sakskompleksitet. Dette stiller krav til så vel faglig kvalitet i arbeidet som forsvarlige saksbehandlingstider. For skatteyter er det - foruten korrekt ligning - viktig å få en rask avklaring i forhold til sin sak, spesielt der saken kan ha betydelige økonomiske konsekvenser.

Likningsmyndigheten søker kontinuerlig å tilpasse seg de utfordringer som ligger i å skulle ivareta disse viktige hensynene på best mulig måte. Et virkemiddel er økt bruk av internt samarbeid. Hovedmålsettingen i et slikt samarbeid blir å finne den beste løsningen.

Revisor skal fortsatt avdekke faktum og skrive rapporten og det skal fortsatt gjennomføres en juridisk vurdering og kvalitetssikring. Bruken av ulike samarbeidsmodeller medfører imidlertid at skillet mellom revisjon og etterfølgende saksbehandling reduseres, idet saksbehandlers kompetanse i større grad integreres med revisors arbeid. Den juridiske kvalitetssikringen kan i større grad skje underveis, noe som etter vår oppfatning bidrar til å bedre kvalitet i det endelige produkt og til å effektivisere saksbehandlingen, derigjennom å oppnå mer tilfredsstillende saksbehandlingstider.

I hvilke tilfeller bokettersynsrapporten og utkast til nemndsvedtak kan utformes på bakgrunn av teamarbeid, må vurderes ut fra hva som er mest hensiktsmessig, sett hen til kravet til saksbehandlingens kvalitet samt arbeidsmessige og ressursmessige konsekvenser. Det blir altså en konkret vurdering der både tidsaspektet og øvrige kvalitetskrav til saksbehandlingen er forhold av betydning.

Oslo likningskontor har overfor Skattedirektoratet opplyst at man søker å sikre kvaliteten, både gjennom at arbeidet i stor utstrekning er organisert som team- eller prosjektarbeid, og gjennom leders overoppsyn. Selv om bokettersynsrevisor i visse tilfeller er den som utformer rapporten og utkastet til vedtak, vil det følgelig reelt være flere personer involvert i arbeidet.

Dersom rapporten ikke fører til skatte- og av-

giftsmessige endringsvedtak kan revisor, etter vår oppfatning, alene unntaksvis stå for både bokettersynet og foreta etterfølgende saksbehandling. Rapporter uten endringer, eller bare med regnskapspålegg, kan på denne måten fullføres uten at andre personer er direkte involvert i selve saksbehandling[en]. Det forutsettes imidlertid at det i slike tilfeller gjennomføres kvalitetssikring av en overordnet.

Sammenfatningsvis legger vi til grunn at det forhold at revisor også saksforbereder for ligningsnemnda ikke i seg selv er en omstendighet som leder til inhabilitet.»

Når det gjaldt spørsmålene herfra om ligningsnemndas sammensetning og betydningen av sammensetningen for habilitetsvurderingen skrev SKD blant annet følgende:

«Lovgiver har på ligningsområdet valgt en ordning med et nemndsystem bestående av legfolk, og et fagkontor som forbereder sakene. Ved saksforberedelsen utferdiges det ikke en innstilling fra fagetat til nemnd, men et utkast til nemndsvedtak. Nemndssystemet innebærer at nemndsmedlemmene også vurderer saker som forutsetter svært fagspesifikke kunnskaper. Dette har lovgiver tatt i betraktning.

Ordningen med ligningsnemnder ble sist omtalt i forbindelse med omorganisering av nemndsstrukturen, der antallet lokale nemnder ble redusert. I den forbindelse uttalte Regjeringen i Innst. O. nr. 20 (2003-2004) følgende:

«Etter Regjeringens mening er det viktig at nemndsstrukturen sikrer tilfredsstillende rettssikkerhet for skattyterne og at den gir best mulig grunnlag for ensartede og riktige ligningsavgjørelser. Regelverket på skatteområdet er til dels svært komplisert, og Regjeringen ser det derfor som viktig at noen av medlemmene i hver nemnd innehar juridisk og økonomisk kompetanse. Faglige kvalifikasjoner kombinert med et større antall saker til behandling vil gi nemndene et bedre grunnlag for å vurdere ligningskontorenes innstillinger til vedtak og ta selvstendig stilling til sakene. Etter Regjeringens syn vil dette i seg selv medføre at den folkevalgte kontroll med forvaltningen blir mer reell.»

Etatens primæroppgave er her å sørge for høy faglig kvalitet innefor gitte tidsrammer på de sakene som forberedes for nemnda.»

I forhold til spørsmålet om det bør tillegges vekt om det i rapporten er foreslått tilleggs�skatt, uttalte SKD «at det generelt ikke bør foreslås tilleggs�skatt i en bokettersynsrapport», og viste videre til at OLK hadde opplyst «at det heller ikke er vanlig å innta slike forslag i rapportene».

Blant annet fordi SKD i brev hit 7. november 2005 hadde foretatt en mer generell tilnærming til spørsmålene i saken, ble det besluttet å be om OLKs merknader til de mer konkrete spørsmålene som syntes å gjøre seg gjeldende i den konkrete saken.

I brev til klageren 24. mai 2005 fra OLK, vedlagt klagers brev hit 30. juni 2005 i den konkrete klagesaken syntes OLK å være av den oppfatning at det i en rekke år har vært praksis at revisor alene utferd-

ger innstilling til vedtak i endringssaker, og at denne fremgangsmåten «fullt ut er forsvarlig og gir en god basis for et korrekt faktum og rettsanvendelse». I brev herfra 7. desember 2005 ble det blant annet bedt om OLKs merknader til at dette synspunktet ikke syntes å samsvare med det SKD ga uttrykk for i brevet hit 7. november 2005, jf. ovenfor, vedrørende tilfeller der revisor alene forestår både bokettersyn og etterfølgende utarbeidelse av innstilling til ligningsnemnda. Videre fremgikk det av SKDs brev 7. november 2005, jf. ovenfor, at det beror på en konkret vurdering i hvilke tilfeller ligningsmyndighetene kan ta i bruk samarbeidsmodeller - herunder team- eller prosjektarbeid - som således reduserer det tradisjonelle skillet mellom revisjon og etterfølgende saksbehandling. SKD uttalte videre, jf. ovenfor, at revisors egne vurderinger bør unngås i bokettersynsrapporten, og at det generelt ikke bør foreslås tilleggs�skatt i rapporten. Med bakgrunn i dette ble det i brevet herfra 7. desember 2005 til OLK videre bedt om en nærmere redegjørelse for OLKs syn på betydningen av de konkrete omstendigheter knyttet til bokettersynsrevisors opptreden i den konkrete saken. Det ble vist til at dette særlig gjaldt spørsmålet om det forhold at revisor i den konkrete saken både har forestått bokettersynet og innehatt en - etter klageren i den konkrete saken sitt syn - dominerende rolle i den etterfølgende saksbehandlingen, innebar at det foreligger særegne forhold som var egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet i saken, jf. ligningsloven § 3-8 nr. 1 bokstav g, og/eller om revisors rolle i saken i alle tilfeller ville være i strid med god ligningsforvaltningsskikk. Det ble særskilt bedt om OLKs syn på betydningen av at klageren i den konkrete saken hadde anført at rapporten i saken led av mangler både hva gjaldt revisors beregninger og metodevalg. Videre ble det også særskilt bedt om OLKs syn på det forhold at revisor i bokettersynsrapporten, etter det opplyste i saken, hadde foreslått 60 % tilleggs�skatt.

I brev hit 11. januar 2006 besvarte OLK henvendelsen. Vedlagt fulgte blant annet brev 10. august 2005 fra OLK til SKD, som tilsynelatende var brevet OLK i noen grad hadde bygget på i sitt brev hit 7. november 2005.

Når det gjaldt spørsmålet om saksbehandlingen og gjennomføringen av bokettersyn med etterfølgende utforming av bokettersynsrapport, viste OLK blant annet til at «[a]ll vår saksbehandling er selv-sagt underlagt rutiner for annengangsbehandling og kvalitetssikring for øvrig» og at «våre rutiner for gjennomføring av bokettersyn, utarbeidelse av bokettersynsrapporter, varsel og utkast til vedtak» «i vesentlig grad» er «utarbeidet på grunnlag av instruks fra Skattedirektoratet». OLK uttalte også at «[i] det enkelte bokettersyn, ..., kvalitetssikres arbeids- og fremdriftsplanen av lederen før bokettersyn igangsettes. Blant annet av hensyn til muligheten for misligheter mv. skal også henleggelse og varsler om endring kvalitetssikres av en annen kvalifisert

medarbeider, enten nærmeste leder eller annen medarbeider som er utpekt til formålet».

OLK skrev deretter:

«Skattedirektoratet har videre utarbeidet retningslinjer for utforming av bokettersynsrapporter. [...] Av retningslinjene fremgår det av § 2-1 at bokettersynsrapport skal utarbeides etter den til en hver tid gjeldende mal fastsatt av Skattedirektoratet. Av retningslinjene § 5-6 fremgår det at revisor skal ha en begrunnet, dokumentert formening om skjønnsadgang og konklusjonen til revisor skal basere seg på en helhetsvurdering av både formelle og materielle mangler. Under de enkelte områdene i rapporten skal revisor fremstille faktum, vise til hjemmel og gi sin vurdering med sammenstilling av faktum og rettsregler, samt gi sin konklusjon som fremstår i rapporten som et forslag. Det samme fremgår av den rapportmal som Skattedirektoratet har gitt instruks til skatteetaten om å benytte. Det kan således ikke være tvilsomt at revisor skal foreta vurderinger i bokettersynsrapporten.

Etter at det er utarbeidet en bokettersynsrapport, kvalitetssikres den av en leder eller en annen som er kvalifisert og utpekt til formålet.»

Om kvalitetssikringen ved varsel om endring av ligning og varsel om tilleggsatt skrev så OLK:

«Varsel om endring av ligning og varsel om tilleggsatt kvalitetssikres. Utad synliggjøres dette ved at saksbehandler/revisors faglig overordnede undertegner disse dokumentene.

Oslo likningskontor har som målsetting at den som til enhver tid har den beste kompetansen innen aktuelt kontrollområde skal utarbeide utkast til vedtak - enten det er en saksbehandler med revisor/økonomisk utdanning eller det er en saksbehandler med skatteetatskolen, juridisk eller annen fagutdanning. Dette gjelder selv om personen allerede er involvert i saken ved at den har innhentet faktum i saken, herunder utarbeidet en rapport som fremstiller dette faktum. Som regel vil den person som har utarbeidet en skriftlig oversikt over faktum være kompetent til å utarbeide utkast til vedtak i saken. Utkast til vedtak kvalitetssikres som regel av en person som er utpekt til formålet. [...]

En annen konsekvens av kompetanseprinsippet er at det i saker der subsumsjonen og rettsanvendelsen er komplisert ofte vil være naturlig at en annen, f.eks en jurist forestår saksbehandling av bokettersynsrapporten.»

I forhold til situasjoner der det er aktuelt med tilleggsatt uttalte OLK at «[i] slike tilfeller skal forslaget alltid kvalitetssikres og undertegnes av en rådgiver. Dette vil ikke fremgå utad, men det vil fremgå på det utkastet som nemnda mottar».

OLK viste videre til «at det er praksis ved en rekke kontorer i etaten at bokettersynsrevisor også skriver utkast til vedtak», og av OLKs brev 10. august 2005 fremgår det ytterligere at det «har i mer enn ti år vært praksis ved Oslo likningskontor at revisor forestår saksbehandlingen i første instans». I brevet 10. august 2005 fremhevet OLK også en rekke momenter som etter OLKs syn taler for å bruke boket-

tersynsrevisor til å utforme innstilling til endrings sak for ligningsnemnda. Blant annet trakk OLK frem hensynet til saksbehandlingstiden, og viste til at et tiltak for å redusere denne nettopp var at bokettersynsrevisor «i stor grad selv skal utforme innstilling til endringssak for ligningsnemnda. Særlig store tidsgevinster oppnås i saker med et stort og til dels uoversiktlig faktum, der innslaget av «finjuss» er lite. Skal en ny saksbehandler sette seg inn i sakens faktum vil saksbehandlingen nødvendigvis ta lenger tid». Videre påpekte OLK at «[r]isikoen for at endringsvedtaket bygger på feil faktum reduseres også ved at revisor utarbeider innstilling i endringssak», og fremhevet også at bokettersynsrevisor «ikke har noen egeninteresse i saken» og at «[f]orsøk på å fremstille saken uriktig vil aldri være fordelaktig for revisor, da dette vil bli avdekket ved kvalitetskontroll og senere saksbehandling». Også hensynet til bevisumiddelbarhet ble påpekt av OLK. Det ble blant annet vist til at «[r]evisor er den innen kontrollmyndigheten som har best kjennskap til faktum i saken. Rent faktisk er han også den eneste innen forvaltningen som har fått presentert faktum muntlig av skattyter. Han har også direkte gjennom egne oppdagelser fått innblikk i faktum». OLK mente derfor at bevisumiddelbarhetsprinsippet tilsier «at det er naturlig at revisor har en sentral rolle i utformingen av innstilling til vedtak» og «[f]remgangsmåten som etaten bruker ved utformingen av endringssaker burde i så måte fremstå som en klar fordel for skattyterne, ved at de har fått fremmet sin sak både skriftlig og muntlig direkte ovenfor den som står for utformingen av innstilling til endringsvedtak». Det ble også fremhevet at risikoen for «feil faktum pga misforståelser» ble redusert ved denne fremgangsmåten. Videre anførte OLK at det ikke var «holdepunkter for på generelt grunnlag å hevde at det innebærer noen risiko for feil rettsanvendelse avhengig av hvem som utferdiger vedtaksforslag. Rettsanvendelsen prøves fullt ut både i kvalitetskontrollen internt og av nemndene».

På spørsmålet herfra om konsekvensene av ikke å la bokettersynsrevisor utarbeide innstilling til ligningsnemnden, skrev OLK følgende:

«Våre ressurser er knappe og kontrollbehovet er stort. Konsekvensene av klagers syn vil være lenger saksbehandlingstid i de konkrete sakene og færre kontrollerte virksomheter. Det vil være særlig byrdefullt for kontrollmyndighetene å måtte bruke ressurser på å la ny saksbehandler sette seg inn i et faktum som i utgangspunktet skal være avklart i og med rapporten. Vi viser også til det som er sagt ovenfor om teamarbeid og formen for kontrollarbeid som er benyttet i våre prosjekter. Det kan ikke være hensiktsmessig å binde ligningsmyndighetene til mindre effektive arbeidsformer.»

Videre skrev OLK avslutningsvis i brevet:

«Etter vårt syn vil det være særlig byrdefullt for skatteetaten at en, som generell ordning, ikke

skal kunne la den som har innhentet og systematisert faktum få utarbeide forslag til vedtak i første instans. Dette særlig under henvisning til sakens fremdrift, kontrollbehovet og etatens ressursituasjon, samt de moderne arbeidsformer vi søker å implementere.»

OLK konkluderte med følgende hva gjaldt praksisen om å la bokettersynsrevisor utarbeide innstilling:

«Vår vurdering er at foreliggende praksis, sett i sammenheng med interne retningslinjer for kvalitetskontroll, teamarbeid og annengangsbehandling, samlet sett gir skattyter best rettsikkerhet. I tillegg gir den best forutsetninger for en effektiv saksbehandling.»

Videre skrev OLK:

«Oslo likningskontor er av den oppfatning at de beste grunner taler for at bokettersynsrevisor selv fremmer forslag til vedtak for kompetent nemnd, samt at denne praksisen videreføres.»

På spørsmålet om at OLKs syn på praksis rundt bokettersynsrevisors utarbeidelse av innstilling til ligningsnemnda ikke syntes å samsvare med det SKD ga uttrykk for i brevet hit 7. november 2005, uttalte OLK blant annet følgende i brevet hit 11. januar 2006:

«Oslo likningskontor har hatt møte med Skattedirektoratet vedrørende denne saken. I møtet opplyste Skattedirektoratet at henvisningen til «0-rapporter» ikke var ment å skulle tolkes anti-tetisk. Skattedirektoratet opplyste videre at avsnittet var ment å være en beskrivelse og en presisering av at det er de samlede kvalitetssikrings-tiltak som er av betydning og at det ikke er noe i veien for at revisor utarbeider bokettersynsrapport og utkast til vedtak for ligningsnemnd.

Avsnittet Skattedirektoratet refererer til, synes å være et høringsinnspill fra juristforbundet til rapportmalen og gjenspeiler for så vidt ikke skatteetatens syn på forholdet. Tvert imot vil vi vise til at Skattedirektoratet allerede tidlig på 1990-tallet ga instruks til etaten om at medarbeidere med opplæring i kontrollmetodikk, såkalte kometkurs, skulle utarbeide utkast til vedtak i egne saker, dvs saker hvor de også hadde utarbeidet bokettersynsrapport. Vi viser til SK-melding av 22. august 1994, undertegnet av skattedirektøren. Fra siste avsnitt på side 2 følgende hitsettes:

«Den saksbehandler som har foretatt ettersynet, skal som hovedregel også avslutte den ligningsmessige behandling slik at det ikke blir opphold mellom ettersynet og ligningsvedtak. Dette kan innebære at når en sak skal overlates til en person med ettersynskompetanse, så skal denne personen også avslutte saken. En slik effektiv saksbehandling må ikke gå på bekostning av skattyters rettsikkerhet, og i spesielle tilfeller kan alternativer vurderes.»

---  
Som det fremgår ovenfor under kvalitetssikringstiltak, retningslinjer for utarbeidelse av bokettersynsrapport og rapportmal, er det ikke tvil-

somt at revisor i rapporten plikter å foreta bevisvurderinger, herunder å vurdere hvorvidt det er grunnlag for skjønn.

---

For hvert av våre kontrollprosjekt utarbeides det dessuten inngående analyser av internkontrollen som også skal bidra til å redusere risikoen for at kontrollarbeidet skal være av for dårlig kvalitet, for at dokumentflyten skal være forsvarlig, at medarbeiderne skal ha tilstrekkelig kompetanse, at risikoen for misligheter skal reduseres etc. Disse risikovurderingene skal følges opp med kompensierende tiltak og revurderes løpende og minst en gang pr år.»

Når det gjaldt spørsmålet om habilitet, ga OLK i brevet 11. januar 2006 uttrykk for at det «vanligvis» ikke foreligger inhabilitet «når den som fremskaffer faktum også utarbeider utkast til vedtak for samme instans». OLK viste blant annet til brevet fra OLK til SKD 10. august 2005, og uttalte videre:

«Det er ikke noe særegent i at en skattyter som mottar en bokettersynsrapport som innebærer et forslag om etterberegninger og mulig etterligging, stiller spørsmål ved beregninger og metodevalg. Dersom vi skulle skifte saksbehandler hver gang det kom en slik anførsel, ville vi ikke hatt et tilstrekkelig antall saksbehandlere - selv ikke på et stort kontor som Oslo.[...] Vi viser også til avsnittet om forsøk på å diskvalifisere saksbehandler i vårt brev av 10. august 2005.»

I brevet 10. august 2005 fra OLK til SKD fremgår det i avsnittet OLK viser til ovenfor:

«Både i kontrollvirksomhet og innen politiets etterforskningsvirksomhet har det vært eksempler på, og en økende utvikling for, at den private part forsøker å «diskvalifisere» revisor, saksbehandler eller etterforsker. På denne måten kan saken trekkes ut, eventuelt smuldre bort. Slike forsøk skjer gjerne tilslørt, der en annen, og gjerne rettslig forankret, begrunnelse enn den reelle skyves i forgrunnen. Saksbehandlingsreglene bør snarere ha som formål å forhindre slike forsøk, enn å åpne for en videre adgang til å byttet ut kontrollmyndighetenes personell. Vi viser i denne sammenheng til Utv 1996 side 1225, der retten bl a uttalte: «Det er viktig at en part i en forvaltnings-sak ikke skal kunne «bli kvitt» en saksbehandler ved å skape en situasjon hvor saksbehandleren blir inhabil». Uttalelsen anses å ha gyldighet ut over det konkrete tilfellet. Etter vårt syn er dette et moment som bør vektlegges i vurderingen av hva som er god ligningsforvaltningsskikk.»

Hva gjaldt spørsmålet tilknyttet det at det i bokettersynsrapporten ble inntatt forslag om tilleggs-skatt, skrev OLK i brevet 11. januar 2006:

«Bokettersynsrapportene skal etter gjeldende retningslinjer ikke omhandle tilleggs-skatt. [...] I saker hvor det kan være aktuelt å ilegge tilleggs-skatt skal dette varsles særskilt. I henhold til praksis ved Oslo likningskontor skal slikt varsel medundertegnes av en annen saksbehandler, rådgiver eller overordnet.»



Videre fremgikk det i brevet 10. august 2005:

«Bokettersynsrevisor skal etter gjeldende norm alltid komme med forslag til inntektsendringer og bruk av evt skjønnsmessig fastsetting av inntekten i sin rapport. Det er for øvrig ikke vanlig med en konklusjon om bruk av tilleggsskatt i våre rapporter.

[...] Uansett kan ikke den vurdering at saken er særlig alvorlig, og at vilkårene for tilleggsskatt synes å være til stede, diskvalifisere revisor fra å følge saken frem til vedtaksforslag. Det syns kunstig å skille mellom sakene i så måte.»

I forhold til bruken av ligningsnemnder uttalte OLK følgende i brevet 11. januar 2006:

«I forhold til det som er sagt om kvalitet i nemndene, vil vi begrense oss til å vise til Stortingets forutsetninger og begrunnelse for å opprette/videreføre de folkevalgte nemndene, jf. forarbeidene til ligningsloven.»

Spørsmålet om nemndene var noe mer utdypet i brevet 10. august 2005 hvor OLK blant skrev følgende:

«Nemndene er etter lovgivers ønske legmannsnemnder. Det er likevel en bred realkompetanse i nemndene. Nemndene består av flere advokater og regnskapskyndige. Gjennom sitt virke i de oppnevnte nemndene får de bedre kjennskap til bransjekontroller enn det som er tilfellet for andre som til daglig arbeider med generelle skatterettslige problemstillinger.

Saker kan være kompliserte på flere måter. Noen saker, ..., har et komplisert faktum, men inneholder ingen kompliserte skatterettslige spørsmål. Andre saker kan ha et enkelt og ubestridt faktum, men en skatterettslig kompleksitet på snevre områder som gjør dem ugjennomtrengelige for andre enn en håndfull skatteeksperter med spesiell kompetanse på området.

Vårt poeng er at sakene er så vidt forskjellige at nemndenes formalkompetanse ikke kan brukes som et argument for verken den ene eller andre ordningen. De konflikter som oppstår mellom ligningsmyndighetene og skattyter dreier seg som regel om faktum i saker som gjelder svart økonomi. Dette er ikke spesielt krevende saker når det gjelder de juridiske problemstillinger, derimot er ofte faktum omfattende og vanskelig tilgjengelig.»

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Spørsmålet er hvorvidt det generelt sett er i strid med gjeldende regler om inhabilitet eller god ligningsforvaltningsskikk at den revisor som foretar ettersyn i forbindelse med kontroll etter ligningsloven § 4-10 (bokettersynsrevisor), også utarbeider utkast/innstilling til endringsvedtak til ligningsnemnda i forbindelse med endringssak etter ligningsloven § 9-5. Det er utelukkende bokettersynsrevisors befattning med saken før behandlingen i ligningsnemnda, og ikke behandlingen ved eventuell klage til overligningsnemnda, som har vært vurdert.

#### *Inhabilitet etter ligningsloven § 3-8*

Spørsmål om inhabilitet ved saksbehandling etter ligningsloven er regulert i ligningsloven § 3-8. Det legges til grunn at de spesifikke inhabilitetstilfellene i 3-8 første ledd bokstav a-f ikke er aktuelle. Spørsmålet er etter dette om det forhold at bokettersynsrevisor utarbeider innstilling til ligningsnemnda i endringssak rammes av § 3-8 første ledd bokstav g. For at bokettersynsrevisor skal være inhabil til å utarbeide innstillingen, må det etter bestemmelsen foreligge «andre særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Hva som nærmere kan tenkes å utgjøre «særegne forhold» gir verken ordlyden eller lovens forarbeider særlig føringer på.

Det må være på det rene at det må kreves noe spesielt for at inhabilitet skal inntre, jf. ordet «særegne». Videre må det som utgangspunkt foreligge andre «særegne forhold» ut over de spesifikke tilfellene som er opplistet i første ledd bokstav a-f. Inhabilitetsregelen i § 3-8 er bygget opp på samme måte som forvaltningsloven § 6, med en opplisting i første ledd av en rekke klart definerte tilfeller som innebærer inhabilitet, samt en «sekkebestemmelse», hhv. § 6 annet ledd i forvaltningsloven og § 3-8 første ledd bokstav g i ligningsloven, som er ment å fange opp andre tilfeller av inhabilitet enn de som er opplistet. Når det gjelder forvaltningsloven § 6 annet ledd er det på det rene at tilfeller som ligner på eller grenser opp til de tilfellene som er listet opp i første ledd, med andre ord at de er av samme art, så kan slike tilfeller også medføre inhabilitet om det i tillegg foreligger andre omstendigheter som samlet sett er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet. Samtidig er det like fullt viktig å respektere de vurderinger lovgiver har foretatt ved å trekke grensene slik det er gjort. Å la tilgrensende tilfeller generelt og uten videre omfattes av inhabilitet etter annet ledd vil ikke uten videre være riktig sett i lys av de grenser som loven har trukket opp. For å begrunne inhabilitet ved for eksempel slektsforhold som ikke omfattes av første ledd, må det som utgangspunkt legges til grunn at det må noe mer til enn selve slektsforholdet for at inhabilitet skal inntre. Tilsvarende betraktninger må også kunne legges til grunn ved anvendelsen av ligningsloven § 3-8, jf. bl.a. at ligningsloven § 3-8 er bygget opp etter samme systemikk som forvaltningsloven § 6. Det vises også til det som er gjengitt ovenfor fra Harboe, Leikvang, Lystad, Ligningsloven Kommentartutgave (2005) om at «[b]estemmelsen kan ikke benyttes til generelle utvidelser av de spesielle regler».

I utgangspunktet hindrer ikke inhabilitetsreglene i ligningsloven en bokettersynsrevisor fra å kunne forestå bokettersyn, skrive bokettersynsrapport og utforme utkast/innstilling til ligningsnemndsvedtak (i første instans). Hva gjelder bokettersynsrevisors rolle, synes det imidlertid særlig å være to hensyn, eller begrunnelser, som reelt sett skal kunne tilsi at

det foreligger «særegne forhold» når bokettersynsrevisor utarbeider utkast/innstilling. Det første er at det kan foreligge eller oppstå et såpass sterkt motsetningsforhold mellom revisoren og den det foretas ettersyn hos, at revisor ikke lenger bør behandle saken, enten ved at en annen saksbehandler trer inn allerede ved bokettersynet og/eller behandler saken videre etter at ettersynet er ferdig og bokettersynsrapporten er skrevet. I rettspraksis er motsetningsforhold som inhabiliserende årsak blant annet berørt i dom avsagt 2. mars 1992 i Frostating lagmannsrett, gjengitt i Utv. 1992 s. 548. Saken gjaldt fastsettelse av avskrivningsgrunnlaget for kombinert bolig-/forretningsbygg, tilbakeføring av utgifter til strøm, fastsettelse av egenleie og fradrag for saksomkostninger. Når det gjaldt spørsmålet om inhabilitet, i dette tilfellet ligningssjefens inhabilitet, ble dette vurdert etter ligningsloven § 3-8 første ledd bokstav g. Lagmannsretten uttalte blant annet:

«Eventuelle konflikter/uenigheter mellom skatteyteren og ligningssjefen som følge av den ligningsmessige behandling, vil som den store hovedregel ikke kunne betraktes som slike særegne forhold. I tilfelle må konflikten ha tilspisset seg på en helt ekstraordinær måte og ha gitt seg særlige utslag.[...] Riktignok vil det ikke være til å unngå under en så omfattende og langvarig ligningsbehandling som det er tale om i denne saken, at også ligningskontoret kan begå enkelte feil eller feilvurderinger. Dette vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å begrunne inhabilitetsinnsigelse.»

I juridisk teori fremholder Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) på side 238 blant annet følgende:

«En part vil ikke så sjelden stille seg negativ til en tjenestemann som tidligere har truffet vedtak i denne eller tidligere saker mot ham. Denne slags motsetningsforhold fra partens side, vil gjerne ikke i seg selv være tilstrekkelig inhabilitetsgrunnlag.»

Videre fremgår det på side 239:

«Det er hos oss - delvis i motsetning til i andre land - ellers intet utgangspunkt at en er inhabil fordi en tidligere har behandlet samme sak og dermed kan ha et klart fastlåst standpunkt, .... En vil normalt heller ikke bli inhabil fordi en i samme eller tidligere sak med samme part har tatt et direkte negativt standpunkt til hans eller hennes søknad....»

Det uttales så på side 240:

«Vi har en del avgjørelser som viser at en dommer ikke så lett blir inhabil etter domstolsloven av den grunn at parten har klaget over dommerens saksbehandling eller avgjørelser. Desto mer må det i forvaltningen være klart at som alminnelig regel vil en tjenestemann ikke bli inhabil etter forvaltningslovens § 6, 2. ledd av den grunn at parten i forbindelse med denne eller tidligere saker har kritisert tjenestemannen.»

Gjengivelsene fra Frihagen gjelder i forhold til forvaltningsloven § 6, men som generelle betraktninger må de også sies å ha gyldighet som retningslinjer ved vurderingen etter ligningsloven § 3-8, så lenge ordlyden i § 3-8 eller dens øvrige rettskilder ikke legger til grunn en annen løsning, jf. blant annet ovenfor om at bestemmelsene er bygget opp etter samme systematikk. Jeg tror riktignok Frihagens syn på enkelte punkter ved den samfunns- og rettsutvikling som har vært, går noe for langt i forhold til hva som kan og bør aksepteres av befattning med en sak før det leder til inhabilitet som følge av «særegne forhold» Som utgangspunkt må det etter dette likevel kunne legges til grunn at det kreves et nokså direkte og sterkt motsetningsforhold før det er aktuelt å tale om inhabilitet etter ligningsloven § 3-8 første ledd bokstav g, og motsetningsforholdet må nødvendigvis vurderes konkret i den enkelte sak ut fra ytre og konstaterbare forhold. Særlige hensyn og forhold som er spesielle for ligningsforvaltningen kan riktignok medføre at den konkrete vurderingen kan bli en noe annen enn vurderingen etter forvaltningsloven § 6, men det må noe mer til enn det forhold i seg selv at bokettersynsrevisor foretar ettersyn, uavhengig av om han avdekker av feil og kritikkverdige forhold. Det kan ikke legges til grunn som en generell regel, uten noen form for konkret vurdering, at ethvert bokettersyn i seg selv danner grunnlag for slike motsetningsforhold mellom bokettersynsrevisor og den skattyter det foretas ettersyn hos, at det medfører inhabilitet for senere befattning med saken for bokettersynsrevisor. Det må gjelde selv om de spørsmål saken foranlediger også omfatter sterkt skjønsmessige vurderinger.

Den andre begrunnelsen eller hensynet som reelt sett særlig kan tenkes anført for at bokettersynsrevisor er inhabil til å utarbeide utkast/innstilling, er at det forhold i seg selv at han har foretatt ettersynet og skrevet bokettersynsrapporten utgjør «særegne forhold» ut fra synsvinkelen om han har hatt en tidligere befattning med saken, eller sagt med andre ord opptrådt i flere trinn i forskjellige funksjoner i saken. I henhold til forvaltningsloven § 6 annet ledd vil tidligere befattning med saken som hovedregel ikke medføre inhabilitet, jf. for eksempel Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006) s. 194, og Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) s. 315 flg. Frihagen uttaler blant annet på side 316:

«I norsk forvaltningsrett er den som har deltatt ved ett trinn i saksbehandlingen, ikke derved i alminnelighet inhabil til å delta også på et senere trinn eller ved avgjørelsen. Det gjelder f.eks. som saksbehandler i skattesaker, sml. lagmannsretten i Utvalg av dommer, uttalelser m.v. i skattesaker 1968 på s. 241.»

Videre fremgår det på side 318:

«En blir normalt ikke inhabil selv om en ved et tidligere trinn i sakens behandling har tatt et klart standpunkt mot parten og dermed er kommet i et

slags anklage- eller motsetningsforhold til ham...»

I forarbeidene til forvaltningsloven uttales det blant annet følgende på side 39 i Ot.prp. nr. 38 (1964 - 65) i forbindelse med spørsmålet om habilitet og kompetansekombinasjoner:

«Etter departementets oppfatning bør man i størst mulig utstrekning unngå at en og samme tjenestemann skal opptre i forskjellige funksjoner til behandling av samme saksforhold. Men dette er et spørsmål som må reguleres i særlov-givningen.»

Domstolloven § 106 nr. 8 og særlig kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c) går lengre enn forvaltningsloven § 6 i å oppstille tidligere befatning med saken som spesifikk inhabilitetsgrunn. Reglene er særregler på hvert sitt felt, og har neppe særlig overføringsverdi på ligningsforvaltningen. Ligningsloven som særlov regulerer også inhabilitet ved kompetansekombinasjoner i § 3-8 første ledd bokstav f. Det fremgår av bestemmelsen at man er inhabil til å forberede eller avgjøre en sak dersom man «har deltatt i tidligere avgjørelser i saken som medlem av lavere nemnd». Videre fremgår det av annet ledd at bestemmelsen i første ledd bokstav f ikke skal «være til hinder for at tjenestemenn i ligningsetaten forbereder saken». Ligningsloven må etter dette sies å gå langt i å tillate at tjenestemenn forbereder saker i ligningsetaten, og lovgiveren har i § 3-8 eksplisitt tatt standpunkt til hvor grensen for kompetansekombinasjoner og deltakelse i flere trinn og funksjoner i saken skal gå generelt. Gjennom bestemmelsen har lovgiver tillatt at tjenestemenn som avgjør en sak i tidligere instans kan være med å forberede saken for en senere instans. Videre kan forberedende saksbehandler for tidligere instans forberede saken for senere instans, og eventuelt antagelig også være med å avgjøre saken der. Det må da kunne legges til grunn at en saksbehandler eller tjenestemann som utgangspunkt ikke er inhabil til å behandle og forberede saken innenfor flere trinn/utøve flere funksjoner innen samme instans. At bokettersynsrevisor foretar etter-syn og skriver bokettersynsrapport vil etter dette vanskelig i seg selv generelt kunne sies å utgjøre «særegne forhold» etter § 3-8 første ledd bokstav g i forbindelse med at bokettersynsrevisor utarbeider innstillingen. Å legge en slik forståelse til grunn vil være en omgåelse av det standpunkt lovgiveren bevisst har tatt stilling til gjennom regelen i § 3-8 første ledd bokstav f, jf. annet ledd. Dette må gjelde enn mer så lenge bokettersynsrevisor ikke er med å fatte en avgjørelse i nemnda, uten at det vil være avgjørende. Hvorvidt han også vil kunne forberede saken ved eventuell behandling i overligningsnemnda kommenteres ikke nærmere, jf. ovenfor. Det skal også legges til at, slik saken er opplyst, blir både bokettersyn, bokettersynsrapporten og innstilling til ligningsnemnda kvalitetssikret/kontrollert av en annen utpekt medarbeider eller overordnet ved lignings-

kontoret. Videre synes det å fremgå at skattyter blant annet får muligheten til å komme med merknader til bokettersynsrapporten og utkastet/innstillingen før denne sendes til ligningsnemnda. Hensynet til kontradiksjon, herunder mulighetene for å avdekke feil som eventuelt skulle foreligge og å imøtegå påstander både av faktisk og til dels rettslig karakter, er dermed fullt ut til stede. Dette bidrar sterkt til å sikre skattyters rettsikkerhet, og gjør det mindre betenkelig å godta at bokettersynsrevisor også utarbeider utkast/innstilling.

Hva for øvrig gjelder hensynet til å kunne få prøvet sin sak for to instanser er dette ivaretatt gjennom ordningen med ligningsnemnd og overligningsnemnd. Alt arbeid som gjøres i forkant og frem til og med utkastet/innstillingen til ligningsnemnda, er forberedende saksbehandling for første instans. Hvorvidt nemnden(e) faktisk foretar, og er i stand til å foreta en selvstendig og reell vurdering av saken og ligningskontorets utkast/innstilling til endringsvedtak, er et spørsmål om nemndsordningen som sådan fungerer. Selv om man skulle mene nemndsordningen ikke fungerer etter sitt formål, kan ikke inhabilitetsreglene i § 3-8 benyttes for å «reparere» eventuelle svakheter ved en slik nemndsordning som bevisst er tatt standpunkt til og ønsket av lovgiver. Dette er et spørsmål om nemndenes sammensetning og saksbehandling. Dersom sammensetningen og saksbehandlingen ikke anses tilfredsstillende i forhold til muligheten for en reell behandling av saker i to instanser så er det nemndsordningen som sådan som må endres. De innvendinger som på dette grunnlag har vært fremmet om nemndsordningen og nemndsammensetningen synes nå dessuten å bli mindre relevante etter de endringer som vil bli gjort i nemndsammensetningen i forbindelse med endringene knyttet til skatte- og avgiftsopplegget for 2007.

Etter dette er jeg kommet til at det forhold i seg selv at bokettersynsrevisor utarbeider innstillingen til endringsvedtak vanskelig kan ses å være i strid med gjeldende regler om inhabilitet i ligningsloven § 3-8.

#### *God ligningsforvaltningsskikk*

Spørsmålet er om det er i samsvar med god ligningsforvaltningsskikk å la bokettersynsrevisor utarbeide utkast/innstilling til ligningsnemnda. Utgangspunktet må være at det må foreligge andre hensyn enn de som er ivaretatt av inhabilitetsreglene i ligningsloven § 3-8 som tilsier at det ikke vil være god ligningsforvaltningsskikk å la bokettersynsrevisor utarbeide utkastet/innstillingen.

Et hensyn som kan begrunne at en annen saksbehandler enn bokettersynsrevisor utarbeider utkastet/innstillingen vil kunne være at dette sikrer en enda mer grundig gjennomgang av saken, selv om det ikke er gitt at en annen saksbehandler vil sikre en bedre behandling av saken. I tilknytning til dette kan det også hevdes at en ny saksbehandler vil kunne sikre

upartiskhet og ta brodden av alle argumenter om å være forutinntatt på grunn av tidligere befatning med saken. Dette hensynet må like fullt veies opp mot hensynet til effektiv saksbehandling og ligningskontorets mulighet til selv å organisere saksbehandlingen. Det er lagt til grunn slik saken er opplyst, jf. ovenfor, at utkastet/innstillingen m.v. kvalitetssikres av en annen kvalifisert medarbeider samt at skattyter har mulighet til å komme med merknader til både bokettersynsrapporten og utkastet/innstillingen. Hensynet til en grundig gjennomgang og belysning av sakens faktiske og rettslige sider må derfor sies å være ivaretatt ved dette. Hva gjelder den faglige kompetansen til å vurdere de faktiske forhold bokettersynet har avdekket opp mot rettslige og regnskapsmessige regler og normer, må det forutsettes at ligningsmyndighetene ivaretar behovet for tilstrekkelig kompetanse i saksbehandlingen. Det må i stor grad være opp til ligningsmyndighetene selv hvordan de organiserer saksbehandlingen, herunder hvilke saksbehandlere de anser kompetente til å behandle saken. I alle fall foreligger det etter det jeg kan se ikke sterke reelle grunner av en annen karakter enn de som legislativt ligger til grunn for inhabilitetsreglene i ligningsloven § 3-8 som tilsier at bokettersynsrevisor aldri kan eller bør ha ansvaret for eller være med på å utarbeide utkast/innstilling til ligningsnemnda.

#### *Tilleggsskatt*

Et eget spørsmål som oppstår er om det vil være av betydning for inhabilitetsreglene i ligningsloven § 3-8 eller kravet til å opptre i samsvar med god ligningsforvaltningsskikk at bokettersynsrevisor fremmer forslag om tilleggsskatt. Slik saken er opplyst, legges det til grunn at tilleggsskatt varsles særskilt og kvalitetssikres og medundertegnes av en annen saksbehandler eller overordnet, jf. ovenfor. En slik fremgangsmåte vil være å anbefale i alle fall hvor det er tale om tilleggsskatt etter forhøyet sats, noe som utvilsomt er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Det kan her trekkes en parallell til inhabilitetsregelen i domstolloven § 106 nr. 6 om inhabilitet som dommer når man tidligere har handlet for påtalemyndigheten i saken. Det er imidlertid vanskelig å se at bokettersynsrevisor skal være inhabil til å forberede saksbehandlingen, eller at det for øvrig skal stride mot god ligningsforvaltningsskikk at han gjør det, selv om tilleggsskatt er aktuelt. Et forslag om tilleggsskatt verken tilsier eller forutsetter i seg selv at det foreligger noe sterkt motsetningsforhold mellom skattyter og bokettersynsrevisor. Det forhold at saken er «særlig alvorlig», og at varsel om tilleggsskatt er aktuelt, vil riktignok kunne være et moment der andre omstendigheter i tillegg kan tilsi at det samlet sett foreligger et inhabiliserende motsetningsforhold etter en konkret vurdering, men det forhold at tilleggsskatt vurderes som aktuelt sett hen til sakens karakter og de faktiske forhold kan ikke i seg

selv være tilstrekkelig til å inhabilisere bokettersynsrevisor i forhold til utarbeidelse av utkastet/innstillingen. Det synes «kunstig å skille mellom sakene i så måte». Heller ikke kan jeg se at det foreligger andre hensyn som tilsier at det etter gjeldende rett strider mot god ligningsforvaltningsskikk at bokettersynsrevisor utarbeider innstilling der det kan være aktuelt å ilegge tilleggsskatt.

Slik saken er opplyst, har jeg ikke funnet holdpunkter i gjeldende rett for at den praksis som det er redegjort for om å la bokettersynsrevisor utarbeide utkast/innstilling til endringsvedtak til ligningsnemnda er i strid med reglene om inhabilitet i ligningsloven § 3-8 eller kravet til god ligningsforvaltningsskikk. Etter dette har jeg funnet grunn til å la saken bero med de forklaringer som Skattedirektoratet og Oslo likningskontor har gitt.»

### 73.

#### **Ligningsmyndighetenes adgang etter ligningsloven § 4-8 til å be en skattyter om opplysninger av betydning for ligningen før selvangivelsesfristen**

(Sak 2007/758)

*Oslo likningskontor hadde før selvangivelsesfristen for inntektsåret 2006 var utløpt bedt selskap B i egenskap av skattyter om en rekke kontrollopplysninger i tilknytning til «en reise» selskapet hadde kjøpt i 2006, herunder opplysninger om hvordan reisen var vurdert og behandlet i regnskapet, om hele eller deler av reisen var lønnsinnberettet for deltagerne samt om det var beregnet arbeidsgiveravgift. Oppfordringen om å gi opplysningene ble gitt under henvisning til ligningsloven § 4-8.*

*Etter ombudsmannens oppfatning hjemler ikke ligningsloven § 4-8 adgang for ligningsmyndighetene til å oppfordre skattytere til å gi opplysninger til bruk for ligningen før selvangivelsen er innlevert eller selvangivelsesfristen utløpt.*

Oslo likningskontor hadde før selvangivelsesfristen for inntektsåret 2006 var utløpt bedt selskap B i egenskap av skattyter om en rekke kontrollopplysninger i tilknytning til «en reise» selskapet hadde kjøpt i 2006, herunder opplysninger om hvordan reisen var vurdert og behandlet i regnskapet, om hele eller deler av reisen var lønnsinnberettet for deltagerne samt om det var beregnet arbeidsgiveravgift. Oppfordringen om å gi opplysningene ble gitt under henvisning til ligningsloven § 4-8.

Selskap A brakte saken inn for ombudsmannen og klaget blant annet over at Oslo likningskontor, alt før selvangivelsesfristen for inntektsåret 2006 utløpt hadde bedt selskap B som A eide om en rekke kontrollopplysninger som følge av at B hadde kjøpt «en reise til OL Torino i 2006».

I brev 27. februar 2007 fra Oslo likningskontor til B, het det blant annet:

«Med hjemmel i ligningsloven § 4-8 ber vi om å få opplyst hvordan reisen er vurdert og behandlet i regnskapet. Videre bes det opplyst om hele eller deler av reisen er lønnsinnberettet, og om det er beregnet arbeidsgiveravgift. Videre ber vi om at De sender oss:

- kopi av reisens program,
- deltakerliste,
- oversikt over deltakernes tilknytning til foretaket (ansatt, kunde, etc.),
- en kostnadsspesifikasjon over alle kostnadene tilknyttet reisen,
- en redegjørelse for hvordan dette er bokført i regnskapet og de vurderinger som er lagt til grunn for selskapets skatte- og avgiftsmessige behandling av reisen.»

Ombudsmannen ba Oslo likningskontor om å redegjøre for sin anvendelse av ligningsloven § 4-8, jf. § 4-2 nr. 1, som hjemmel for å innhente opplysninger om skattyters egne forhold før fristen for å levere selvangivelse er utløpt etter § 4-7. Ligningskontoret ble også bedt om å redegjøre for sitt syn på hvorvidt § 4-8 gir hjemmel til innhenting av tredjemannsopplysninger i forbindelse med kontroll av den enkelte skattyter, både i forhold til innhenting av opplysninger før og etter at fristene for den enkelte skattyter til å levere selvangivelse etter § 4-7 er utløpt.

I svaret fra Oslo likningskontor het det innledningsvis:

«Gjennom vårt kontrollarbeid har vi erfart at ansatte, kunder og leverandører i stor utstrekning deltar på reiser som betales av arbeidsgiver og/eller leverandør. Når disse reisene ikke har tilstrekkelig faglig innhold eller tilfredsstillende vilkårene for velferdstiltak, skal de anses som privat-/feriereiser. Arbeidsgiver og/eller leverandør skal i disse tilfellene lønnsinnberette utgiften som en inntekt vunnet ved arbeid.

For å unngå at skattytere kommer i en situasjon hvor de kan bli utsatt for endring av ligningen med eventuelle sanksjoner, som f.eks. tilleggsatt eller fengselsstraff, har det vært en målsetning å gi tilstrekkelig veiledning i forkant og å sørge for at de reisende og deres arbeidsgivere etterlever regelverket på eget initiativ. Dette har også en side mot den løpende bokføring, så vel som for etterlevelse av ligningslovens regler om fullstendige opplysninger og riktig skatte- og avgiftsmessig føring i fremtidig selvangivelse og næringsoppgave. Bakgrunnen for disse kontrollene har vært et stadig økende omfang av selskaper som benyttet seg av slike turer til å premiere egne ansatte, eller som relasjonsbygging i forbindelse med kundepleie. Gjennomførte kontroller har vist at selskapene i svært liten grad har forstått eller innrettet seg i samsvar med regelverket.»

Ligningskontoret mente at «regelverket på området kan oppfattes som vanskelig og uklart, samtidig som det til dels innebærer skjønnsmessig fastsettelse og fordeling av enkelte kostnader», og at regelverket derfor krever «særlig oppfølging og veiledning av skattytermassen for å oppnå økt etterlevelse». Ifølge ligningskontoret hadde kontrollarbeidet vært todelt i form av veiledning samt bokettersynskontroller

hjemlet i ligningsloven § 4-10. «Veiledningskontrollene» var gjennomført ved ulike informative tiltak for å øke bevisstheten og kunnskapen om regelverket på området, herunder kursvirksomhet, presseomtale, og kombinasjonskontroller. I svarbrevet het det også:

«Som en del av et slikt kombinasjonstiltak innhentet Oslo likningskontor kontrollopplysninger fra to event-/reiseselskap. Informasjonen gjaldt upersonlige skattytere som hadde kjøpt reiser til OL i Torino 2006. De innhentede kontrollopplysningene bestod av en oversikt over alle bedriftskunder som hadde kjøpt slike reiser, samt kopi av fakturaene til den enkelte. I den grad det forelå navn på deltakerne og/eller program ble dette også bedt utlevert. Opplysningene ble innhentet med hjemmel i ligningsloven § 6-15.

I februar 2007, etter regnskap for 2006 var forventet ferdigstilt, men før selvangivelsesfristen var gått ut, ble de selskapene som hadde kjøpt reise til OL i Torino tilskrevet og bedt om å redegjøre for hvordan de hadde innrettet seg i forbindelse med reisen [...]. Sammen med brevet ble det lagt et informasjonsskriv som redegjorde for regelverk og praksis for behandling av slike reiser [...]. Målsettingen var å opplyse om regelverket samt gi selskapene en mulighet til å innrette seg i forkant av selvangivelsen. Videre ble det gitt informasjon om at de som valgte ikke å innrette seg, ville kunne bli prioritert ved en senere kontroll.

Bakgrunnen for å henvende seg før innleveringen av selvangivelsen var således:

- å gi skattyter større mulighet til å innrette seg i henhold til regelverket i stedet for å kun å varsle om kontroll etter at selvangivelsen var levert
- å gi tilstrekkelig med informasjon slik at det ikke skulle foreligge uklarheter omkring regelverket
- å likebehandle et større antall saker
- plukke ut de skattyterne som ikke følger regelverket til videre kontroll»

Til spørsmålet om ligningsloven § 4-8, jf. § 4-2 nr. 1 ga hjemmel til å innhente opplysninger om skattyters egne forhold før fristen for innlevering av selvangivelse er utløpt etter § 4-7, ble det anført at «ut i fra en alminnelig språklig forståelse» av bestemmelsens ordlyd var adgangen til å be om opplysninger etter § 4-8 ikke begrenset til etter innlevering av selvangivelsen. Ligningskontoret mente at henvisningen til § 4-2 nr. 1 kun var en avgrensning i forhold til «objekt, til de personer og innretninger som er pliktige til å levere selvangivelse mv, jf. § 4-2 nr. 1 bokstav a», og ikke i tid. Ligningskontoret viste til at problemstillingen ikke er drøftet i forarbeidene til ligningsloven og anførte videre:

«Oppfordringen til å gi opplysninger må gjelde kontrollen av ligningen eller økonomiske forhold av betydning, herunder regnskapsposter. Etter vårt syn er det ingen grunn til å tolke inn en begrensning til at dette kun gjelder kontroll av innleverte oppgaver. Særlig koblingen mellom regnskapsposter og den senere ligning er verdt å merke seg. Myndighetenes behov for oppfølging

av den løpende regnskapsførsel og sammenhengen til korrekt avgivelse av oppgaver det påfølgende år tilsier ingen innskrenkende fortolkning. Regnskapet er ført før ligningsoppgavene og danner grunnlaget for disse. Det må derimot være slik at loven må tolkes i lys av den teknologiske utvikling innen ligningsforvaltningen og samfunnet for øvrig. Som et eksempel på dette nevnes at ligningsmyndighetene nå helt regelmessig informerer om hvordan poster skal innrapporteres i grunnlagsdata lang tid forut for innlevering av selvangivelsen. En slik fremgangsmåte er helt avgjørende for at innberetningene blir korrekte. I moderne ligningsforvaltning med PSA og etter hvert stille aksept, er vi i større og større grad avhengig av korrekte innberetninger. Det kommende «stille aksept» er grunnlagt nettopp på samspillet mellom den innberetningspliktige og ligningsmyndighetene. En aldrende lovtekst bør tolkes i tråd med dagens utfordringer. Dette illustreres også av fristreglene. Fristene for innlevering av selvangivelse har endret seg og årssyklusen for ligningsmyndighetene er blitt kortere. Dette gjør det mer aktuelt å arbeide proaktivt og undersøke og veilede før den korte ligningsseksjonen tar til. Dette styrker også skattyternes forutberegnlighet. Ved at det utføres forebyggende arbeid i form av veiledning, unngår skattyter å bli rammet av helt unødvendige administrative sanksjoner.»

Ligningskontoret mente at også sammenhengen i regelverket tilsier at «en kontroll av fremtidige oppgaver omfattes» og underbygget denne oppfatningen slik:

«Det følger f.eks. av § 6-15 at ligningsmyndighetene til «enhver tid» kan kontrollere innsendte grunnlagsdata. Det gir liten konsistens i regelverket om reskontro som er innhentet etter § 6-3 ikke skulle kunne følges opp av en avklaring eller veiledning ovenfor medkontrahenten før oppgavene er innlevert.»

Videre het det:

«Ligningslovens kapittel 4 inneholder en rekke fragmenterte bestemmelser. Vi kan ikke se noen innbyrdes sammenheng mellom reglene om selvangivelse og § 4-8 og § 4-10 som er av en annen karakter. Vi kan i forhold til ligningsloven § 4-7 ikke se at denne begrenser rekkevidden av § 4-8 eller § 4-10 i tid. Plasseringen av bestemmelsene tilsier intet bevisst valg fra lovgivers side. Det er ingen direkte sammenheng mellom bestemmelsene. Som et eksempel på dette vises til at en under disse forutsetninger ville ha vært avskåret fra å telle kontantbeholdning i en virksomhets kasse med hjemmel i § 4-10 ved kontroll i en skattepliktig virksomhet. Vi kan aldri kontrollere en kassebeholdning etter at selvangivelse er levert. Det har heller ingen mening å kun ha adgang til regnskapsbøker, bilag, kontrakter mv, jf § 4-10 nr 1 bokstav a, eller f.eks. varetelling etter bokstav b, som relaterer seg til allerede innleverte oppgaver. De samme hensyn gjør seg gjeldende i relasjon til § 4-8. Bestemmelsen supplerer § 4-10. Eksempelvis vil tillegsspørsmål og anmodning om forklaring til varetelling som er avholdt med hjemmel i § 4-10 nødvendigvis være hjemlet i § 4-8. På dette tidspunkt er som nevnt aldri selvangivelse levert.

I forlengelsen av dette nevner vi også at lønns- og trekkoppgaver og årsoppgave for arbeidsgiveravgift leveres i januar, før selvangivelse leveres. På dette tidspunkt er også skattekostnaden bokført i resultatregnskapet. Det er altså tatt standpunkt til både kostnadene og ytelsene på et tidligere tidspunkt enn innleveringsfristen. Det vil fremstå som lite konsistent om ikke ligningsmyndighetene kunne veilede og undersøke disse forholdene med hjemmel i § 4-8 før selvangivelsesfristen.»

Det var ligningskontorets oppfatning at ligningsloven § 4-8 må tolkes «i lys av at den ikke ligger i kjernen av legalitetsprinsippet». Ligningskontorets konklusjon var etter dette at ligningsloven § 4-8 «ikke gir noen tidsmessig begrensning i forhold til ligningsloven § 4-7, såfremt vilkårene i hjemmelen for øvrig er oppfylt og informasjonen er tilgjengelig for skattyter».

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Ligningsloven § 4-8 gir etter sin ordlyd ligningsmyndighetene adgang til å «oppfordre» den som har selvangivelsesplikt etter § 4-2 nr 1 «til å gi opplysninger om nærmere angitte økonomiske og andre forhold av betydning for kontrollen eller vurderingen av hans skatteplikt, skatteklasse og formues- og inntektsligning, og å legge fram legitimasjoner og utskrifter av regnskapskonti eller noteringer som han har om disse forhold».

Isolert sett kan det synes som om ordlyden i § 4-8 ikke begrenser ligningsmyndighetenes adgang til å be skattyteren om opplysninger til perioden etter innlevering av selvangivelsen.

På den annen side følger det av ligningslovens oppbygging og system at utgangspunktet for ligningen av en skattyter skal være vedkommendes selvangivelse. Per i dag innebærer det at skattyteren i det minste ved egen underskrift på papirutgaven av selvangivelsen eller ved bruk av personlig «pin kode» ved elektronisk levering av selvangivelse må bekrefte at opplysningene i den ferdig utfylte selvangivelsen er fullstendige og riktige. Først etter selvangivelsesfristens utløp har ligningsmyndighetene hjemmel i ligningsloven til å starte kontroll/vurdering av skattyters skatteplikt m.m. på rettslig grunnlag.

Denne kontrollen, som forutsetningsvis skjer på grunnlag av skattyterens selvangivelse, kan gjøre det nødvendig å innhente opplysninger fra skattyteren. Det synes derfor å være lovgivers bevisste valg når bestemmelsen om «opplysning etter særskilt oppfordring» er plassert i ligningsloven § 4-8, dvs. rett etter bestemmelsene om selvangivelsesfrister i § 4-7. Henvisningen i § 4-8 til at opplysningene det kan oppfordres om må ha betydning for «kontrollen eller vurderingen av hans skatteplikt, skatteklasse og formues- og inntektsligning, gjør det derfor naturlig å forstå ordlyden slik at ligningsmyndighetene først

skal kunne oppfordre skattyteren om denne type opplysninger etter at selvangivelsesfristen er utløpt.

2. Forarbeidene til ligningsloven § 4-8, jf. Ot.prp. nr. 29 (1978-1979) s. 82 synes å presisere at bestemmelsen var ment å gi ligningsmyndighetene adgang til å innhente «tilleggsopplysninger» til bestemte poster i en allerede innlevert selvangivelse. Her heter det:

«Bestemmelsene foran i dette kapittel gjelder den oppgave- og opplysningsplikt som skattyterne generelt har i forbindelse med de årlige oppgaver og som de skal oppfylle ukrevet. Det vil imidlertid ofte kunne være nødvendig å innhente tilleggsopplysninger om enkelte forhold. Dette er det adgang til etter sktl. § 83 nr. 2, og Lovutvalget har foreslått en slik bestemmelse i utkastet til § 39 annet ledd bokstav a.

Departementets forslag til § 4-8 har i det alt vesentlige samme innhold som gjeldende lov og Lovutvalgets utkast.»

Den «gjeldende lov» det her vises til var skatteloven § 83 nr. 2. Skatteloven § 83 nr. 1 og 2 lød da slik:

«1. Selvangivelsen prøves under benyttelse av de midler som står til rådighet for ligningsmyndighetene. Formues- inntekts- eller fradragposter som det trenges skjønn for å ansette i penger, jf. § 57, femte ledd, ansettes av ligningsnemnda, eller undergis særlig prøving av denne hvis de allerede er ansatt i selvangivelsen.

2. Ligningsnemnda kan oppfordre den skattepliktige til innen en bestemt frist å gi opplysning om bestemte poster i selvangivelsen eller om andre nærmere angitte forhold. Den skattepliktige kan kreve å få gi forklaringen muntlig på ligningskontoret. Er han av grunner som godkjennes, hindret fra å avgi forklaring ved personlig fremmøte kan forklaring på hans ansvar gis ved fullmektig som er nøye kjent med hans forhold.

Når det synes å bestå ett åpenbart misforhold mellom den samlede oppgitte inntekt og den skattepliktiges antakelige privatforbruk i det pågjeldende år, og det ikke av de øvrige foreliggende opplysninger kan sees hvorledes utgiftene til dette forbruket er dekket, kan den skattepliktige på samme måte som nevnt ovenfor, oppfordres til å meddele nærmere opplysninger om forbrukets størrelse og om måten hvorpå utgiftene er bestridt.»

Leses de dagjeldende bestemmelsene i skatteloven § 83 nr. 1 og 2 i sammenheng, synes det ikke tvilsomt at det var først etter selvangivelsesfristens utløp at bestemmelsen i nr. 2 ga ligningsmyndighetene adgang til å oppfordre skattyteren om å gi supplerende opplysninger som ligningsmyndighetene mente ville være av betydning for den ordinære ligningen av skattyteren selv.

3. Denne forståelsen av når ligningsmyndighetene kan oppfordre en skattyter til å gi opplysninger av betydning for den ordinære ligningen, synes også lagt til grunn av Harboe, Leikvang og Lystad i «Ligningsloven Kommentartutgave» (6. utg. 2005) s. 201-202. Her heter det at ligningsmyndighetene etter § 4-8 kan «bare oppfordre skattyteren om å gi visse

tilleggsopplysninger». Begrepet «tilleggsopplysninger» slik det er brukt her må åpenbart være hentet fra forarbeidene til ligningsloven § 4-8 i Ot. prp. 29 (1978-1979) og refererer således til tilleggsopplysninger for en allerede levert selvangivelse. Zimmer/Omholt, Ligningsforvatningsrett, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1 1993 bygger også i omtalen s. 65 og 66 av ligningsloven § 4-8 på at det er tale om en oppfordring til å gi tilleggsopplysninger til en allerede innlevert selvangivelse.

4. Ligningskontoret har blant annet begrunnet sin tolkning og anvendelse av bestemmelsen i ligningsloven § 4-8 med at den «ikke ligger i kjernen av legalitetsprinsippet». Ligningskontoret har forklart dette standpunktet slik:

«Det vil ikke oppstå noen merbelastning eller rettstap for skattyter om han gir opplysningene i forkant av innleveringsfristen. Regnskapet oppgavene skal bygge på er uansett avsluttet. Oppfordringen om å gi opplysninger kan på tidspunktet før selvangivelse er innlevert ikke sanksjoneres [med] administrative reaksjoner. Unnlattelse av å etterkomme pålegg om å gi opplysninger etter bestemmelsen kan aldri straffesanksjoneres. En slik sanksjonsfri anmodning om å gi opplysninger til et for saken relevant forvaltningsorgan kan under gitte forutsetninger neppe kreve særskilt hjemmel i seg selv. Oppfordringen har, slik den er brukt i det foreliggende tilfellet, en veiledende hensikt, slik at pliktelemtet ikke blir særlig fremtredende.»

I utgangspunktet må ligningsmyndighetene, ut fra sine oppgaver og ut fra sine kontrollfunksjoner, kunne gi veiledning og opplysning for å legge forholdene til rette for riktig ligning også i forkant av selvangivelsesfristene. Det er også riktig at en skattyters unnlattelse av å følge en oppfordring om å gi opplysninger ikke kan sanksjoneres med administrative reaksjoner «på tidspunktet før selvangivelse er innlevert.» I brevet 27. februar 2007 til B ble det ikke presisert for skattyteren at oppfordringen var sanksjonsløs så lenge selvangivelsesfristen ikke var utløpt. Det ble derimot uttrykkelig vist til ligningsloven § 4-8 som hjemmel for å be skattyter sende inn slike opplysninger i forkant av selvangivelsesfristen. En skattyter som ikke følger en oppfordring som er gitt *etter* selvangivelsesfristen og som således klart *har* hjemmel i ligningsloven § 4-8, vil både kunne miste klageretten, jf. ligningsloven § 9-2 nr. 7 bokstav b og risikere at egne oppgaver blir satt til side ved bevisvurderingen, jf. ligningsloven § 8-2 nr. 2. Til sammen, men også hver for seg, kan slike rettstap ha store konsekvenser for skattyteren.

Ligningskontorets brev 27. februar 2007 til B, sammenholdt med svaret hit 21. juni 2007, kan derfor tyde på at ligningskontoret forventer at en skattyter selv, uten nærmere opplysninger fra ligningskontoret, bør kunne skille mellom det ligningskontoret mener er sanksjonsløse oppfordringer etter ligningsloven § 4-8 og oppfordringer etter § 4-8 som kan sanksjoneres hvis de ikke følges. Hvis dette er

riktig, er det nærliggende å stille spørsmål om hva mer ligningskontoret eventuelt forventer av en skattyter i denne forbindelse. Det kan reises spørsmål om samme oppfordring «automatisk» går over fra å være sanksjonsløs til sanksjonert på det tidspunkt skattyterens selvangivelsesfrist er utløpt, og om hvordan ligningskontoret forventer at skattyteren skal forholde seg til en slik for tidlig oppfordring etter skattyterens rettidige innlevering av selvangivelsen. Er det meningen at en skattyter da uten konsekvenser for sine rettigheter etter ligningsloven kan se helt bort fra oppfordringen som ble mottatt før selvangivelsesfristen?

5. Hensynet til skattyterens rettsikkerhet taler med tyngde for at ligningsmyndighetene uoppfordret bør gjøre nærmere rede for slike nærliggende rettslige spørsmål som kan reise seg for skattyteren når ligningskontoret påberoper i utgangspunktet sanksjonerte kontrollhemler på den måten som ble gjort i brevet til B. Det samme gjør forutsetningen om at ligningsmyndighetenes opptreden overfor skattyter skal være i samsvar med kravene til god forvaltningsskikk. Når brudd på en klart lovhjemlet oppfordring kan ha slike konsekvenser for skattyter som nevnt ovenfor, synes det ikke å være uenighet om at legalitetsprinsippet må gjelde. Følgelig er det min oppfatning at legalitetsprinsippet bør legges til grunn ved tolkningen av ligningsloven § 4-8. Ligningsmyndighetene kan da neppe innfortolke i ligningsloven § 4-8 en større adgang til å oppfordre skattyter om å gi opplysninger enn den adgang som følger av ordlyden sammenholdt med presiseringen i forarbeidene til § 4-8 om at dette gjelder *tilleggsopplysninger*, og som etter henvisningen her til dagjeldende § 83 nr. 2 i skatteloven 1911 var klart underforståtte tilleggsopplysninger til en allerede innlevert selvangivelse.

6. I brevet hit 21. juni 2007 er det også anført flere andre reelle hensyn, herunder «den teknologiske utvikling innen ligningsforvaltningen og samfunnet for øvrig» og ligningsmyndighetenes kortere årssyklus, som Oslo likningskontor mener tilsier at «en aldrende lovtekst bør tolkes i tråd med dagens utfordringer».

Reelle hensyn av denne karakter kan nok være av stor betydning også i forhold til vekten av lovens ord og lovens forarbeider. Særlig kan dette være en riktig harmonisering, så fremt loven er av eldre dato samtidig som samfunnsforholdene og dermed de reelle hensyn i stor grad har endret seg. Dette betyr imidlertid ikke at forvaltningen i sin rettsanvendelse kan se bort fra lovens ordlyd og stille seg fritt i forhold til den når rettsanvendelsen kan få følger for skatteyterens rettsstilling. Det vil lettere være adgang til å bygge på en tolkning ut fra endrede samfunnsforhold når det er tale om et livsområde eller en situasjon der legalitetsprinsippet ikke gjør seg gjeldende. Slik jeg leser ligningskontorets redegjørelse, underbygger den derfor først og fremst ligningsmyndighetenes behov for å drive veiledning

overfor de som er innberetningspliktige etter ligningsloven kapittel 6, slik at grunnlagsdata til bruk i forhåndsutfylte selvangivelser blir så korrekte som mulig. Ligningsmyndighetene har utvilsomt et stort behov for å drive effektiv veiledningsvirksomhet overfor de innberetningspliktige. Jeg ser også at ligningsmyndighetenes kontrollarbeid, og da særlig overfor skattytere som også er pliktige til å innberette såkalte tredjemannsopplysninger, vil kunne være en effektiv måte å avdekke felter der behovet for slik veiledning kan være spesielt stort.

Jeg stiller meg likevel tvilende til at slike reelle hensyn som ligningsmyndighetene har anført her er tilstrekkelig tungtveiende til at de kan åpne for en større adgang for ligningsmyndighetene til å be en skattyter om å gi slike opplysninger som er nevnt i ligningsloven § 4-8 enn den adgangen som følger av bestemmelsen når ordlyden sammenholdes med presiseringen i forarbeidene, se Ot.prp. nr 29 (1978-1979) s. 82, jf. ovenfor.

Av dette følger at jeg vanskelig kan se at ligningsloven § 4-8 gir ligningsmyndighetene hjemmel til å oppfordre skattyteren til å gi slike opplysninger som nevnt der før skattyterens selvangivelse er innlevert eller selvangivelsesfristen er utløpt.

Hvis ligningsmyndighetene mener å ha et reelt behov for å innhente ligningsopplysninger i forkant av selvangivelsesfristen er det et forhold som bør føre til skjerpet oppmerksomhet på lovgivningen og behovet for klare lovtekster. Det vil lett innebære en fare for rettsikkerheten og kan svekke tilliten både til forvaltningen og lovgiveren hvis ansvaret for å tolke og anvende lovtekster som kan oppfattes som uklare overlates til forvaltningen.

7. I utgangspunktet har jeg ingen merknader til at ligningskontoret tolker ligningsloven § 4-10 slik at ligningskontoret «til enhver tid» kan iverksette bokettersyn m.m. Det fremgår av forarbeidene til § 4-10, jf. Ot.prp. nr. 29 (1978-1979) s. 82 (den gang § 4-9) at på samme måte som ligningsloven § 4-8 i all hovedsak var ment å ha samme innhold som dagjeldende bestemmelse i skatteloven 1911 § 83 nr. 2, er ligningsloven § 4-10 en videreføring av den dagjeldende bestemmelsen i skatteloven 1911 § 83 nr. 3. Skatteloven 1911 § 83 nr. 3 første og annet ledd hadde da slik ordlyd:

«Ligningsnemnda kan til enhver tid forlange adgang til å gjøre seg kjent med den skattepliktiges regnskapsbøker ...

... Bokettersyn kan omfatte alle år som det vil være adgang til å foreta etterligning for.

Ligningsnemnda kan også til enhver tid foreta besiktigelse av den skattepliktiges faste eiendommer, anlegg eller innretninger med tilbehør, besetninger beholdninger av varer, råstoffer m.m.»

I forhold til spørsmålet herfra om hvorvidt § 4-8 gir hjemmel til innhenting av tredjemannsopplysninger ved kontroll av den enkelte skattyters egne forhold, både i forhold til innhenting av opplysninger



før og etter at fristene for den enkelte skattyter til å levere selvangivelse etter § 4-7 er utløpt, uttalte ligningskontoret blant annet:

«Ligningsmyndighetene har her en selvstendig hjemmel for innhenting av kontrollopplysninger etter ligningsloven § 6-15, jf. § 6-2. Da opplysningene som ble søkt i dette tilfellet var nødvendige for å kontrollere egne forhold (fradragsrett for utgiftene) synes det unødvendig å varsle etter begge hjemler.

Tredjemannsopplysninger innhentes etter dette ikke med utgangspunkt i § 4-8. De opplysninger som fremkommer her vil i det foreliggende tilfellet med representasjon primært innebære en kontroll av skattyternes egne oppgaver.»

Etter dette synes ligningskontorets hensikt med en «oppfordring» etter ligningsloven § 4-8 utelukkende å være å kontrollere skattyterens egen skatteplikt m.m. Hvis ligningskontoret samtidig også har til hensikt å kontrollere hvorvidt denne skattyteren overholder sin opplysningsplikt overfor ligningsmyndighetene som *innberetningspliktig* etter ligningsloven kapittel 6, forutsetter jeg at ligningskontoret er påpasselig med å varsle skattyteren etter de relevante lovbestemmelser i forhold til hensikten med bruken av de innhentede opplysningene.»

Oslo likningskontor har opplyst at ligningskontoret i samarbeid med Skattedirektoratet og Finansdepartementet vil foreta en konsekvensutredning av ligningskontorets arbeidsmetoder og kontrollhjemler, og at ligningskontoret vil forholde seg til mitt syn i saken inntil utredning foreligger.

#### 74.

#### **Om et krav på etterberegnet toll og avgift m.m. var foreldet etter tolloven § 58 annet ledd første punktum fordi kravet var satt frem mer enn tre år etter det tidspunkt tollvesenet «oppdaget feilen»**

(Sak 2006/743)

*Saken gjaldt spørsmålet om et vedtak om etterberegning av toll, engangsavgift og merverdiavgift m.m. var foreldet etter tolloven 10. juni 1966 nr. 5 § 58 annet ledd første punktum. Det følger av denne bestemmelsen at fristen for å fremsette krav, der det ved uaktsomhet eller forsett hos vareeieren eller noen som representerer ham er gitt uriktige opplysninger eller dersom varen er innført uten at fortolling har funnet sted, er tre år fra det tidspunkt tollvesenet «oppdaget feilen». Toll- og avgiftsdirektoratet hadde lagt til grunn at feilen normalt først er oppdaget når varsel om etterberegning er sendt og tilsvaret til varselet er mottatt, eventuelt at fristen for å svare på varselet også er gått ut. Klageren mente feilen var oppdaget allerede på det tidspunktet tollvesenet hadde tilstrekkelig informasjon til at det skjønnte at noe var feil ved fortollingen og at vedtaket/kravet fra*

*Oslo og Akershus tolldistrikt i denne saken var foreldet.*

*Etter å ha undersøkt saken, uttalte ombudsmannen at han ikke hadde funnet holdepunkter for at han kunne rette avgjørende rettslige innvendinger til den rettsoppfatning Toll- og avgiftsdirektoratet har lagt til grunn med hensyn til foreldesspørsmålet. Det ble uttalt at bestemmelsen må tolkes ut fra formålene, det vil si hensynene til forutberegnelighet, innrettelse og til å kunne anse et forhold som avsluttet, opp og avgjort. Formålene måtte sees i lys av den utvikling som har vært og den ordning som i dag gjelder ved tolldeklarerer. I lys av manglende holdepunkter for noe annet, tilsa rettsstekniske hensyn at det må legges til grunn at feilen er «oppdaget» på et tidspunkt som gir notoritet og derved mulighet for kontroll og etterprøving. Dette vil i alminnelighet være på tidspunktet for at varsel om etterberegning og eventuelt tilleggsavgift sendes vareeieren.*

Selskapet A, som driver import og engrossalg av bl.a. personbiler, klaget til ombudsmannen over et vedtak fra Toll- og avgiftsdirektoratet om etterberegning av toll, engangsavgift og merverdiavgift samt ileggelse av tilleggstoll og tillegg til engangsavgift i medhold av merverdiavgiftsloven § 64, tolloven §§ 58 og 69, lov om engangsavgift §§ 1 og 3 og Stortingets avgiftsvedtak for årene 1994 og 1995. Spørsmålet saken gjaldt var blant annet om A's betaling av såkalt «Service Fees» (betaling for levering av tjenester og tilleggsvarer som reklamemateriell og lignende) til konsernselskapet skulle inngå i avgiftsgrunnlaget til importerte kjøretøy. Direktoratets vedtak innebar at enkelte av betalingene var å anse som indirekte betalinger for bilene og derfor skulle regnes med i bilenes tollverdi ved deklarereringen.

Regnskapskontroll i selskapet for regnskapsårene 1994 og 1995 ble gjennomført fra 1998 til 2000. Varsel om bokettersyn ble sendt 11. mai 1998 og det første møtet fant sted 9. juli 1998. Bokettersynet ble avsluttet ved rapport 6. desember 2000. Varsel om etterberegning og tilleggsavgift ble sendt selskapet 22. desember 2000, og tilsvaret til dette ble sendt fra selskapets advokat i brev 29. juni, 19. oktober og 14. desember 2001, samt ved flere telefakser. Det ble fattet vedtak i Oslo og Akershus tolldistrikt 19. desember 2001, 18. desember 2002 og 20. februar 2004. De to siste vedtakene hadde sammenheng med at klage av henholdsvis 2. mai 2002 og 28. april 2003 delvis ble tatt til følge av tolldistriktet med den følge at det ble satt ny klagefrist. Tolldistriktets siste vedtak 20. februar 2004 ble påklaget og saken ble endelig avgjort av Toll- og avgiftsdirektoratet 27. juli 2005.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak var beheftet med flere saksbehandlingsfeil, særlig med hensyn til mangelfull utredning og begrunnelse. I tillegg ble det hevdet at direktoratets tolkning av foreldelsesregelen i tolloven § 58 annet ledd første punktum var uriktig. Selskapet reiste innvendinger til direktoratets syn på når den feil

som medførte etterberegningen, ble «oppdaget» av tollvesenet. Det ble vist til at direktoratets oppfatning syntes å være at «feilen» ikke var «oppdaget» før myndighetene nærmest var rede til å fremme et krav. Selskapet mente feilen alt var «oppdaget» da det ble besluttet å forfølge forhold som var avdekket under bokettersynet og at tollvesenet allerede sommeren 1998 «oppdaget» den anførte «feilen» fordi de da ble kjent med betalingen av de såkalte «Service Fees». Foreldelsesfristen etter tolloven § 58 annet ledd første punktum utløp da senest høsten 2001 og i god tid før Oslo og Akershus tolldistrikts vedtak 19. desember 2001. Det ble hevdet at uttrykket «oppdaget feilen» ikke kan strekkes til at tollmyndighetene gis tid og anledning til å trekke en endelig rettslig konklusjon i forhold til grunnlaget for sitt krav og at det språklig sett er åpenbare grenser for hvor sent i en bokettersynsprosess man skal kunne anses for å ha oppdaget en feil. Foreldelsesregelen er basert på en avveining av myndighetenes interesse i en forsvarlig saksbehandlingstid, og hensynet til at vareeieren skal kunne innrette seg i tillit til den deklarerer som har vært foretatt. Videre ble det vist til at det i valget mellom tolkningsalternativer må være relevant å se hen til EUs tollkodeks (rådsforordning (EØF) nr. 2913/92 av 12. oktober 1992, endret ved rådsforordning (EF) nr. 2700/2000 av 16. november 2000) artikkel 221 om at tollkrav foreldes tre år etter innførsel med mindre det dreier seg om en handling som er underlagt straffeprosessuell forfølgning. Selskapet viste til at dette må tilsi at den norske regelen om tilleggsfrist tolkes strengt slik at det ikke skapes større avstand mellom regelverket i EU og i Norge enn nødvendig. Under henvisning til EØS-avtalens fortale som omtaler formålet med EØS-samarbeidet ble det anført at en stor avstand mellom regelverket i EU og i Norge når det gjelder tollprosedyrer, ikke harmonerer med EØS-avtalen. Norges EØS-rettslige forpliktelser er da et vesentlig argument mot det tolkningsalternativ tollmyndighetene har lagt til grunn.

Det ble besluttet å undersøke nærmere den delen av klagen som gjaldt Toll- og avgiftsdirektoratets anvendelse av foreldelsesregelen i tolloven § 58 annet ledd første punktum. I brev til direktoratet ble det bedt om merknader til i hvilken grad de hensyn som ligger til grunn for foreldelsesreglene i foreldelsesloven 18. mai 1979 nr. 18 om bl.a. innrettelse og vern om «status quo» gjør seg gjeldende for fortolkningen av vilkåret i tolloven § 58 annet ledd første punktum knyttet til friststart, samt om tilleggsfristen i foreldelsesloven § 10 første ledd om «manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren» har overføringsverdi på tolloven § 58 annet ledd første punktum. I tillegg ble det bedt om at direktoratet ga sitt syn på om endringen og utvidelsen av fristregelen i tolloven § 58 første ledd (jf. endringslov 3. juni 1994 nr. 14) fra 18 måneder til 3 år var relevant og kunne tillegges vekt i forhold til fortolkningen av vilkåret om å ha «oppdaget feilen» og dermed når fristen skulle løpe fra. Direktoratet ble videre bedt om å kommentere

om «oppdaget» og «feilen» i bestemt form kunne anses å si noe nærmere om tolkningen og anvendelsen av regelen både generelt og i forhold til denne saken. Også de øvrige anførselene i klagen hva gjaldt foreldesspørsmålet ble bedt kommentert.

Toll- og avgiftsdirektoratet redegjorde i svarbrevet for regelverkets utvikling og for utviklingen innen vareførselen og tollbehandlingen av varer. Det ble vist til at ordningen med fortolling av varer har vært gjenstand for betydelige endringer de senere årene og at «oppdaget feilen» må tolkes på denne bakgrunnen. Direktoratet påpekte at bestemmelsen ble innført i en tid da «både dokumenter og varer faktisk ble lagt frem for tollvesenet for kontroll» og at tollvesenet ikke lenger fører kontroll med deklarasjonsdokumenter på fortollingstidspunktet ut over feilkontroll og noen stikkprøver, noe som er begrunnet i næringslivets behov for rask tollbehandling. Det ble videre vist til at siden det nå gjelder et selvdeklareringsprinsipp på tollvesenets forvaltningsområde, er tollvesenet avhengig av at parten setter seg inn i regelverket og oppgir riktige opplysninger. Tollvesenets kontroll av fortollinger er på denne bakgrunn i dag i hovedsak basert på regnskapskontroller i ettertid. En slik kontroll vil ofte befatte seg med et stort antall enkeltfortollinger foretatt over en lengre tidsperiode. Globaliseringen og utviklingen i internasjonal handel har videre ført til at problemstillingene er mer komplekse og annerledes enn tidligere. Ellers mente direktoratet at det er lite igjen av «status-quo» hensynet ved uaktsonn/forsettelig overtredelse siden vareeieren i slike tilfeller kan få etterberegnet krav inntil 10 år etter innførselen. Direktoratet viste også til at det ikke forelå en frivillig/avtalerettslig disposisjon til grunn for tollvesenets krav slik tilfellet normalt er etter foreldelsesloven, og at krav på toll er et utslag av Stortingets beskatningsmyndighet. Til spørsmålet herfra som gjaldt foreldelsesloven § 10 (om ett års tilleggsfrist ved uvitenhet og andre hindringer) anførte direktoratet at denne har begrenset overføringsverdi på fristregelen i tolloven ved at det blant annet foretas om lag 4 millioner fortollinger hvert år mens de fleste kreditorer som foreldelsesloven gjelder bare har en eller et begrenset antall debitorer. Bruken av bestemt form «feilen» tilsier videre at det ikke er tilstrekkelig at tollvesenet har oppdaget at noe er feil, tollvesenet må ha oppdaget en konkret feil. Uttrykket «feilen» må omfatte et visst element av subsumsjon.

Til As sak spesielt, ble det blant annet vist til at hva som ligger i «oppdaget feilen» må undergis en dynamisk tolkning og at det ikke kan være tilstrekkelig at tollvesenet har oppdaget at noe er feil eller har fått tilgang til alt relevant materiale. Materialet må også være gjennomgått og vurdert i lys av gjeldende rett, og det konkrete avviket må være identifisert. Selskapets tolkning av artikkel 221 i EUs tollkodeks ble videre bestridt av direktoratet. Det ble vist til at det ikke er et vilkår etter bestemmelsen at strafferettslig forfølgning er iverksatt, det er tilstrekkelig at vilkårene for slik forfølgning er til stede. Direktoratet mente

det derfor ikke er nevneverdig forskjell mellom tolloven § 58 annet ledd første punktum og tilsvarende bestemmelser i tollkodeksen. For øvrig ble det anført at en eventuell ulikhet i foreldelsesreglene ikke utgjør en handelshindring som er i strid med EØS-avtalens artikkel 11. I tillegg fastholdt direktoratet at feilen ikke kunne anses oppdaget allerede før sommerferien i 1998 slik selskapet hadde anført. Tollvesenet hadde på dette tidspunktet avdekket at noe sannsynligvis var feil og var i ferd med å utrede dette, og det var åpenbart at feilen ikke er oppdaget før utredningen er fullført. Undersøkelsene i selskapet ble startet i 1998, og kontrollrapporten ble ferdigstilt 6. desember 2000. Kravet ble fremsatt ved Oslo og Akershus tolldistrikts vedtak 19. desember 2001 og direktoratet mente at sett hen til sakens kompleksitet var det klart at tollvesenet måtte avvente partens tilsvarende svar til varselet før man kunne si at saken var tilstrekkelig utredet. Dette forelå sommeren 2001 og direktoratet fastholdt således at feilen i hvert fall ikke kunne anses oppdaget i 1998, slik selskapet hevdet. Direktoratet var videre uenig med selskapet om relevansen av sammenligningen med saken til selskapet B. På side 6 i brevet vises det til:

«Vi er også uenige i hvilken relevans B-saken har i denne sammenheng. TOA kunne nok trekke vekslers på den kunnskapen man hadde opparbeidet seg om tollverdiregelverket fra B-saken, men de faktiske forhold måtte uansett undersøkes også i A. Selv om problemstillingene ikke var ulike, var selve saksforholdet når det gjelder Service Fee-elementene forskjellige i de to sakene. At begge sakene gjaldt Service Fee medfører således ikke at de var «tilnærmet identiske», slik A skriver i klagen. Det er selvsagt ikke tilstrekkelig at elementer *kalles* det samme - det er realiteten som avgjør. Og etter hvert viste kontrollen at realiteten i A var nokså annerledes enn i B-saken. Dokumentasjonen som ble undersøkt var svært omfattende og kompleks, og dette gjorde at TOA brukte lang tid på å skaffe seg oversikt over faktum.»

As advokat fastholdt at Oslo og Akershus tollregion hadde mottatt komplett faktisk informasjon om kostnadene for årene 1992-1996 per 4. september 1998. Videre ble det vist til at vedtakene hele tiden har bygget på at verdien av visse tjenester i henhold til inngåtte avtaler skulle inkluderes i bilenes tollverdi, selv om tollvesenet hadde endret argumentasjon underveis. Når tollvesenet hadde mottatt avtalene, samt fakturaene for 1994 og 1995, visste de at disse betalingene ikke var inkludert i bilenes tollverdi. Siden tollvesenet hadde samme rettsoppfatning som i saken til selskapet B, ble det allerede da «oppdaget» i relasjon til tolloven § 58 annet ledd første punktum at det var gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger. Tollvesenets arbeid fra desember 1998 gikk ut på å undersøke hvilke kostnader som ikke skulle inngå i tollverdien, det var for lengst bestemt at det forelå en feil som ville føre til etterberegning. Det ble ellers vist til rettstilstanden før tolloven fra 1966

og at den generelle foreldelsesfristen da var tre år fra fortollingstidspunktet (foreldelsesloven av 1896). Dette gjaldt også feilberegninger som skyldtest uaktksomhet fra importørens side. Ved forsett begynte treårsfristen å løpe fra tollvesenets kunnskap om de faktiske forhold. Det ble anført at det ved tolkningen av hva som menes med «oppdaget» i tolloven av 1966 er naturlig å ta som utgangspunkt at lovgiveren ikke hadde ment å endre rettstilstanden. Oppdagelsen skjer når man «blev kjent med» de relevante omstendigheter som kravet bygger på. Det vil være når tollvesenet oppdaget at den opprinnelige verdiansettelsen var basert på feil grunnlag. Til sammenligningen med foreldelsesloven ble det vist til at når det etter foreldelsesloven § 10 (1) løper en ettårsfrist fra når kreditor burde skaffet seg nødvendig kunnskap, mens tollvesenet har en treårsfrist fra oppdagelsen, må tolloven anses å være i utpreget grad kreditorvennlig. Skulle man tolke tolloven § 58 annet ledd første punktum enda mer kreditorvennlig i forhold til når treårsfristen begynner å løpe vil det skape en ubalanse og uforutsigbarhet på bekostning av debitors legitime behov for å kunne innrette seg. Tolloven § 58 annet ledd første punktum må forstås slik at det er et skille mellom når en feil oppdages og den saksbehandling av denne feilen som leder til rapporten og etterberegningsvedtaket. Rettstekniske hensyn tale for at dette skjæringspunktet er i tidsmessig nærhet til det tidspunktet under bokettersynet der tollvesenet fikk de opplysninger som førte til etterberegningen. Det er også det tidspunktet hvor importøren forstår at det kan komme et krav. Til EUs tollkodeks artikkel 221 ble det vist til at unntak fra den alminnelige treårsfristen bare kan gjøres dersom tollkravet springer ut av en handling som kan bli gjenstand for strafferettslig forfølgning. Det ble vist til at når tollvesenet har lagt til grunn at A har opptrådt uaktsomt rammes ikke selskapet av noen strafferettslig regel. Ingen tollmyndigheter i EUs medlemsstater kunne fremmet etterberetningskrav i en tilsvarende sak. Som vedlegg til brevet fulgte et notat som redegjorde nærmere for EUs tollkodeks. Det ble videre vist til at lovendringen i 1994 tydet på at det var et poeng å få foreldelsesreglene i tolloven i harmoni med EUs tollkodeks.

Toll- og avgiftsdirektoratet fikk brevet oversendt og i nytt brev hit ble det bestridt at tollvesenet hadde mottatt komplett faktisk informasjon om «Service Fee»-avtalen 4. september 1998. Tollvesenet hadde mottatt noe dokumentasjon, men problemet hadde vært å komme til bunns i innholdet i avtalens elementer og sammenhengen mellom disse. For øvrig ble det fastholdt at foreldelsesreglene i tolloven ikke står i skarp kontrast til sammenlignbare foreldelsesregler i norsk rett da både lignings- og merverdiavgiftsloven har foreldelsesregler som setter staten i en lignende kreditorposisjon som etter tolloven. Til sammenligningen med EUs tollkodeks ble det vist til at også uaktsom tollovertredelse er straffbar etter norsk rett, jf. tolloven § 60.

As advokat kommenterte direktoratets brev ved å vise til at selskapet var kjent med at uaktsomme overtredelser kan være straffbare etter tolloven, men at enhver uaktsomhet likevel ikke er straffbar, ett av tollovens straffebud må være overtrådt. Det ble fastholdt at selskapet ikke har gjort seg skyldig i noen slik uaktsom straffbar handling. For øvrig ble det vist til at verken ligningsloven eller merverdiavgiftsloven har en slik relativ fristregel, de har kun absolute frister. Når tolloven har innført en slik relativ fristregel, må det respekteres. Direktoratet hadde etter dette ikke ytterligere merknader til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Det følger av tolloven § 58 og merverdiavgiftsloven § 64 at den som er vareeier etter tolloven kan gjøres ansvarlig for manglende innbetalt toll og merverdiavgift ved innførsel. Tolloven § 58 om etterberegning av toll og foreldelse av krav og tolloven § 69 om tilleggstoll gis tilsvarende anvendelse på avgift innkrevd etter merverdiavgiftsloven. Med hjemmel i Stortingets avgiftsvedtak for årene 1994 og 1995 og lov om avgifter vedrørende motorkjøretøy §§ 1 og 3 kan det bli foretatt etterberegning og beregnes tilleggssavgift for manglende innbetaling av engangsavgiften. Det følger av forskrift 4. januar 1984 nr. 1 (opphevet 1. april 2001) om toll og engangsavgift på motorvogn § 1 at innførsel av avgiftspliktige varer skal skje etter de regler som gjelder for toll så langt de passer og ikke annet er bestemt. Spørsmålet i saken her har vært om kravet fremsatt overfor A ved Oslo og Akershus tolldistrikts vedtak 19. desember 2001 var fremsatt for sent, jf. tolloven § 58 annet ledd første punktum om at fristen for å fremsette krav ved uaktsomhet eller forsett hos vareeieren eller noen som representerer ham er tre år fra det tidspunktet tollvesenet «*oppdaget feilen*» og tolloven § 69 tredje ledd om at tilleggstoll kan ilegges inntil tre år regnet fra tollvesenet oppdaget feilen men senest 10 år fra innførselstidspunktet. Toll- og avgiftsdirektoratet har lagt til grunn at feilen normalt først er oppdaget når varsel om etterberegning er sendt og tilsvarende til varselet er mottatt, eventuelt at fristen for å svare på varselet er gått ut. Selskapet har på sin side fremholdt at feilen er oppdaget allerede på det tidspunkt tollvesenet hadde tilstrekkelig informasjon til at det skjønner at noe er feil ved fortollingen og at dette var senest i løpet av september 1998.

2. Toll- og avgiftsdirektoratet har i brevet hit redegjort nærmere for direktoratets fortolkning og anvendelse av tolloven § 58 annet ledd første punktum. A har etter dette ved sin advokat kommet med en utfyllende redegjørelse til sin oppfatning av foreldesspørsmålet og det har deretter vært ytterligere korrespondanse. Synspunktene er sammenfatningsvis referert foran i uttalelsen. På bakgrunn av de undersøkelser som har vært gjort og min gjennomgang av saken har jeg ikke funnet holdepunkter for at jeg

kan reise avgjørende innsigelser til den rettsanvendelsen direktoratet gir uttrykk for.

3. Toll- og avgiftsdirektoratet har vist til at tolloven § 58 annet ledd første punktum i det vesentlige har sin bakgrunn i Verditollkomiteens innstilling fra 1951 der forslaget til bestemmelsens ordlyd var «... innen tre år etter at feilen er oppdaget». Dette var også tollkomiteens forslag til ordlyd. Den nærmere forståelsen av hva som ligger i «oppdaget feilen» er ikke berørt i forarbeidene til tolloven fra 1966 eller i senere endringslover. Direktoratet har videre redegjort for den utviklingen som siden har vært innen vareinnførsel og tollbehandling av varer siden vedtaket av tolloven og som gjør at selve ordningen med fortolling har vært gjenstand for betydelige endringer. I dag gjelder et selvdeklaringsprinsipp på tollvesenets område, noe som gjør at situasjonen er en helt annen enn da tolloven ble vedtatt i 1966. Passusen «tre år etter at feilen er oppdaget» må tolkes ut fra formålene, det vil si hensynene til forutberegnelighet, innrettelse og til å kunne anse et forhold som avsluttet, opp og avgjort. Disse formål må sees i lys av den utvikling som har vært og den ordning som i dag gjelder ved tolldeklarering.

4. Det ble i foreleggelsen herfra stilt spørsmål om forarbeidene til endringsloven 3. juni 1994 nr. 14 sier noe om hvordan foreldelsesfristen ved uaktsomhet eller forsett hos vareeieren eller dennes representant skal tolkes og anvendes. Lovendringen innebar at (den alminnelige) fristen for foreldelse av krav ved for lite eller ikke beregnet toll ble endret fra 18 måneder til tre år (regnet fra fortollingen/innførsel). Fristen for endring i de tilfeller feilen skyldtes uaktsomhet eller forsett var også før lovendringen tre år fra feilen ble oppdaget. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 108 (1992-93)) side 42 til 43 er begrunnelsen som gis for å endre den (alminnelige) foreldelsesfristen at:

«Når det gjelder fristens *lengde* vil departementet peke på at tollovens hovedregel med fordel kan bringes i harmoni med den generelle 3-årsfrist i foreldelsesloven (se lov 18. mai 1979 nr 18 om foreldelse av fordringer, § 2). Dette er i tråd med arbeidsgruppens forslag, og vil korrespondere med den 3-årsfrist som er foreslått for tilfellene der det er betalt for meget toll, se omtalen av § 59, nedenfor. En slik frist vil antagelig være godt kjent i handelslivet, som i øvrige pengekravsforhold er vant med å forholde seg til alminnelige regler om 3-årsfrist. Det skal nevnes at Justisdepartementet i sin uttalelse har foreslått at fristen etter utkastets annet ledd første punktum burde være ett år. Departementet vil imidlertid legge vekt på at tollvesenet her har et særlig behov for en lengre frist. Tollvesenet er i en rekke av disse saker avhengig av bistand fra utenlandske tollmyndigheter og dette tar erfaringsvis noe tid. Departementet finner på denne bakgrunn at fristen bør settes til tre år.»

Tolloven § 58 annet ledd annet punktum om at kravet uansett er foreldet etter 10 år, ble innført ved lovendringen i 1994. Om treårsfristen ved uaktsomhet eller forsett hos vareeieren eller dennes represen-

tant og om tiårsfristen fremgikk i Ot.prp. nr. 108 (1992-93) på side 43 bl.a.:

«I de tilfeller hvor vareeieren eller den som opptrer på hans vegne, selv er skyld i at det er betalt for lite, eller helt har unnlatt å betale toll, vil foreldelsesfristens løp starte på tidspunktet da feilen ble oppdaget. Det vil i denne forbindelse måtte settes en begrensning med hensyn til hvor langt tilbake i tid tollvesenet kan foreta etterberegning. Departementet slutter seg her til arbeidsgruppens forslag om at kravet uansett vil være foreldet 10 år etter fortollingstidspunktet, se utkastets annet ledd. Likt med fortollingstidspunkt vil være innførselstidspunktet, hvor varen er unnlatt tollekedert.»

Toll- og avgiftsdirektoratet har vist til at det er vanskelig å trekke noe særlig ut av lovendringen for tilfeller som gjelder uaktsomhet. Det er neppe noe å innvende mot dette.

5. I foreleggelsen herfra til Toll- og avgiftsdirektoratet ble det bedt redegjort for i hvilken grad de hensyn som ligger bak foreldelsesloven om innretelse og vern om «status quo» gjør seg gjeldende ved fortolkningen av tolloven § 58 annet ledd første punktum. Direktoratet har til dette svart at det vil være mer treffende å se på hensynene bak lignings- og merverdiavgiftslovens fristbestemmelser. Etter ligningsloven § 9-6 kan en ligning tas opp til endring inntil ti år etter inntektsåret selv om endringen er til ugunst for skattyteren i de tilfeller skattyteren har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Etter merverdiavgiftsloven § 55 kan fastsettelse av merverdiavgiftsgrunnlaget ved skjønn foretas inntil ti år etter utløpet av vedkommende termin og også tilleggssavgift kan etter merverdiavgiftsloven § 73 fastsettes inntil ti år etter utløpet av vedkommende termin. Direktoratet har også vist til at krav på toll er et utslag av Stortingets beskatningsmyndighet, og at plikten oppstår ved innførsel. Som ved skatt og merverdiavgift, ligger det ikke en frivillig/avtalerettslig disposisjon til grunn for kravet. Til sammenligningen med prinsippene bak reglene i foreldelsesloven ble det vist til at selvdeklareringsprinsippet som gjelder ved fortolling av varer medfører at staten har svært begrensede muligheter til å avdekke fordringer når de oppstår. I tillegg gjør mengden av potensielle krav som foreldes at forholdet ikke er sammenlignbart med situasjonen for private fordringshavere.

Ligningslovens og merverdiavgiftslovens fristregler har et klart utgangspunkt for beregningen av fristen, enten fra utløpet av inntektsåret (ligningsloven § 9-6) eller fra utløpet av vedkommende termin (merverdiavgiftsloven § 55 og § 73). Også tolloven § 58 annet ledd annet punktum har et klart utgangspunkt for fristen ved at kravet i alle tilfeller må fremsettes innen ti år etter innførselstidspunktet. Når det i tolloven § 58 annet ledd første punktum er gitt en særlig frist på tre år fra når tollvesenet «oppdaget feilen», er dette en innskrenkning av tiårsfristen som ikke har sin parallell i ligningsloven § 9-6 eller merverdiavgiftsloven §§ 55 og 73. Denne fristen har

imidlertid enkelte likheter med systemet som følger av foreldelsesloven § 10 nr. 1 om foreldelse av krav ett år etter den dag da fordringshaveren «fikk eller burde skaffet seg» nødvendig kunnskap om fordringen, men der foreldelsestiden ikke kan forlenges med mer enn til sammen ti år, jf. lovens § 10 nr. 4. A har vist til at foreldelsesloven § 10 må være relevant ved tolkningen av tolloven § 58 annet ledd første punktum fordi fastsettelsen av fristutgangspunktet i begge bestemmelsene er avhenging av fordringshavers kunnskap om fordringen. Nødvendig kunnskap om en fordring etter foreldelsesloven § 10 kan foreligge før fordringshaveren har detaljert kunnskap om alle sider av et mulig krav, jf. Anne Cathrine Røed, Foreldelse av fordringer, kommentarutgave (2. utgave 2004) s. 296-297. I lys av lovteksten og forarbeidene til denne, er det nok vanskelig å trekke særlige paralleller til foreldelsesloven når det gjelder den konkrete vurderingen av når «feilen» er «oppdaget». Som Toll- og avgiftsdirektoratet viser til er det også betydelig reelle forskjeller ved de situasjoner som de to bestemmelsene kommer til anvendelse ved og med de formål som tolloven og foreldelsesloven regulerer.

6. Bruken av bestemt form «oppdaget» og «feilen» i lovteksten er kommentert i Toll- og avgiftsdirektoratets brev hit:

«Etter Toll- og avgiftsdirektoratets oppfatning må uttrykket «feilen» fortolkes slik at det fanger opp alle typer feil som kan tenkes å føre til et etterberegningsskrav. Ettersom loven skal omfatte alle typer varer, kontraktsforhold og vareførsler, må den være dynamisk på dette punktet. Dette illustreres også av uttalelser i Ot.prp. nr. 108 (1992-93) hvor følgende framgår på side 42 tredje siste avsnitt (i tilknytning til endring av § 58 første ledd):

’Departementet finner at den typebeskrivelse av feil som innledningsvis er gitt i § 58 første ledd, bør erstattes av en mer dekkende, generell beskrivelse. Det foreslås derfor at regelen kort henviser til «innførsel av en vare». Departementet legger i den forbindelse vekt på at lovbestemmelsen derved fremstår som lettere tilgjengelig.’

Bruken av bestemt form viser at det ikke er tilstrekkelig at Tollvesenet har oppdaget at noe er feil; Tollvesenet må ha oppdaget en konkret feil. Det er først og fremst faktum som Tollvesenet skal ha kunnskap om, men dette må gjelde både opplysninger om varen og om ansvarssubjektet for tollkravet. Uttrykket «feilen» må også omfatte et visst element av subsumsjon, ettersom det at Tollvesenet har oppdaget et gitt faktum ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til å si at Tollvesenet har oppdaget at en fortolling er feil.

I noen saker gjelder kontrollen bare en enkelt, eller noen få fortollinger og feilen som har skjedd er åpenbar. I slike saker skal det lite til for å konstatere at Tollvesenet har «oppdaget feilen». Andre saker er mer kompliserte og det kan være mange forskjelligartede feil (både rettslige og faktiske) som har skjedd over en periode. Samme feil kan også gjelde et stort antall fortollinger, slik at feilen er oppdaget likt for alle disse.

I en del saker må Tollvesenet også henvende seg til tollmyndighetene i andre land for å få bistand med å skaffe dokumentasjon som belyser faktum. Hvis Tollvesenet gjør flere henvendelser til flere land vil vi vanligvis få flere svar og svarene vil kunne komme inn over en lengre periode. I slike saker oppstår spørsmålet om Tollvesenet har «oppdaget feilen» relatert til hver enkelt fortolling.»

«Oppdaget feilen» kan forstås på flere måter, men sier likevel noe om når treårsfristen begynner. Den mest nærliggende betydningen sett i relasjon til lovbestemmelsen er slik jeg ser det at tollmyndighetene «blir klar over» feilen eller at feilen «viser seg». At det må være tale om noe mer enn en mistanke eller en mulighet for at noe er feil, må videre være klart ut fra «oppdaget» og «feilen», begge i bestemt form. I dette ligger det videre at det ikke kan være nok at tollmyndighetene har iverksatt undersøkelser basert på antagelser om at noe er feil ved fortollingen. Det må nok, slik direktoratet har vist til, foreligge et element av subsumsjon, ved at tollmyndighetene ikke har «oppdaget» en feil, men «oppdaget feilen». I lys av manglende holdepunkter i lovteksten og forarbeidene for noe annet, mener jeg i tillegg at retts tekniske hensyn tilsier at det må legges til grunn at feilen er «oppdaget» på et tidspunkt som gir notoritet og som derved gir mulighet for kontroll og etterprøving. Hensynet til notoritet for tidspunktet når fristen begynner å løpe ivaretas ved at det kreves en slik aktiv handling som i seg selv er lett dokumenterbar. Dette vil i alminnelighet være på tidspunktet for at varsel om etterberegning og eventuelt tilleggsavgift sendes vareeieren.

Jeg ser at et slikt utgangspunkt for fristen kan føre til anførsler om at tollmyndighetene ikke har en sterk nok oppfordring til å gi en sak den tilbørlige fremdrift, og at tiden til å områ seg på og fremsette krav etter at kravgrunnlaget er på det rene, kan være lang. I ligningsforvaltningen er det etter rettspraksis ikke utelukket at retten til å endre en ligning i de tilfeller skattyteren har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger kan være tapt som følge av klanderverdig passivitet hos ligningsmyndighetene selv om en endring er foretatt innenfor utløpet av tiårsfristen. At lignende betraktninger kan gjøres gjeldende ved klanderverdig passivitet i saker om etterberegning i medhold av tolloven, kan nok ikke utelukkes. I denne saken ble varsel om bokettersyn sendt selskapet 11. mai 1998. Bokettersynet ble avsluttet ved rapporten 6. desember 2000, varsel om etterberegning ble sendt 22. desember 2000 og det fristavbrytende vedtaket er av 19. desember 2001. Selv om det hadde vært ønskelig om bokettersynet hadde vært avsluttet raskere, er det nok ikke tilstrekkelige holdepunkter for at adgangen til å fatte vedtak om etterberegning eller tilleggsavgift må anses bortfalt på grunn av (klanderverdig) sen saksbehandling.

A har fastholdt sitt syn om at fristens utgangspunkt må være det tidspunkt da tollmyndighetene har tilstrekkelig med opplysninger til at de skjønner

at det kan foreligge en feil ved fortollingen av varen. Det er hevdet at tollvesenet alt den 4. september 1998 hadde mottatt komplett informasjon om «Service Fee»-systemet både i form av avtaler, fakturaer og muntlige forklaringer fra selskapets økonomidirektør og regnskapsansvarlig og at den rettslige subsumsjon var klar. Tollvesenet startet etter dette arbeidet med selve rapporten, noe som etter det som er anført fra selskapets side må være et bevis for at tollmyndighetene i løpet av sommeren og høsten hadde avdekket feil de mente var av betydning for den deklarerte tollverdien. Som det vil fremgår foran, mener jeg «feilen» ikke var «oppdaget» allerede da. Saken illustrerer vel ellers hvor vanskelig det vil kunne være både for tollvesenet og for vareeieren dersom det legges til grunn at «feilen» kan være «oppdaget» på et tidspunkt som ikke er etterprøvbart, i hvert fall i mer kompliserte saker som denne. En vurdering i ettertid av hva tollvesenet antok eller mente å ha bevis for på de ulike tidspunktene under saksbehandlingen, uten at dette er synlig ved en ytre omstendighet som et varsel, fremstår videre som lite egnet for overprøving av kontrollorgan. Det vises her til det direktoratet har fremholdt om når «feilen» ble «oppdaget» i lys av selskapets anførsler om dette:

«Slik vi ser det var informasjonssamlingen fra A avsluttet sommeren 1998, og det videre arbeid med saken fortsatte et par år før kontrollrapporten ble utarbeidet. Slik vi vurderer denne saken, er det sannsynlig at det relevante faktum ikke var gjennomgått og vurdert i lys av gjeldende rett, og det konkrete avvik identifisert, før en god stund etter desember 1998. Den nærmere dato for feilens oppdagelse er det ikke nødvendig å ta stilling til, ettersom den uansett ligger godt innenfor treårsfristen.»

7. Toll- og avgiftsdirektoratet har i vedtaket kommentert om tidspunktet for når feilen er «oppdaget» først er ved utløpet av den frist vareeieren er gitt for å komme med merknader til varselet. Synspunktet har vært at utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 er relevant ved fortolkningen av tolloven § 58 annet ledd første punktum, ved at den påfører forvaltningsorganer plikter som ordinære kreditorer ikke har før et krav kan settes frem overfor debitor. Det er anført at tollvesenet ikke har adgang til å sette frem et krav før saken er tilstrekkelig opplyst og kontradiksjon er ivarettatt.

Jeg har forståelse for de vurderinger direktoratet her kommer med. På bakgrunn av de undersøkelser som er gjort i anledning klagen hit har jeg kommet til at det nok neppe er noe å si på at det normalt - i hvert fall i saker av en viss kompleksitet - legges til grunn at tollvesenet i relasjon til tolloven § 58 annet ledd første punktum «oppdaget feilen» først ved utløpet av den frist som vareeieren er gitt for å komme med merknader til varselet. En slik fastsettelse av fristens utgangspunkt vil også ivareta hensynet til notoritet. Etter det jeg forstår, er det også dette som er praksis i etaten. I mer åpenbare saker vil det nok

likevel være slik at «feilen» må anses «oppdaget» allerede på det tidspunkt varselet sendes, og i mer åpenbare og grove saker unntaksvis etter en konkret vurdering også tidligere. Jeg viser for så vidt til Oslo tingretts dom 13. juni 2006 i sak 2005-159113 som - etter det jeg er kjent med - er påanket og som jeg for øvrig ikke finner grunn til å kommentere. Spørsmålet er dessuten ikke av avgjørende betydning for denne saken, da allerede varselet 22. desember 2000 om etterberegning og mulig tilleggsavgift var innenfor treårsfristen i forhold til det fristavbrytende vedtaket 19. desember 2001.

8. Det er anført at bestemmelser i EUs tollkodeks (rådsforordning EØF nr. 2913/92 av 12. oktober 1992, endret ved rådsforordning (EF) nr. 2700/2000 av 16. november 2000) har betydning for fortolkningen av tolloven § 58 annet ledd første punktum. I forarbeidene til endringsloven fra 1994 (Ot.prp. nr. 108 (1992-93) s. 42) fremgår det at arbeidsgruppen som vurderte endringer i tolloven § 58 første ledd blant annet begrunnet endringen fra 18 måneder til tre år med at dette da var den foreslåtte fristen for tilbakebetaling i utkastet til tollkodeks. Toll- og avgiftsdirektoratet har til dette vist til at det ikke er nevneverdig forskjell mellom tolloven § 58 annet ledd første punktum og tilsvarende bestemmelser om foreldelse i EUs tollkodeks.

Det følger av tollkodeksens artikkel 221, at den alminnelige foreldelsesfrist er tre år fra det tidspunkt tollkravet oppstår. Unntak kan likevel bare gjøres dersom tollkravet springer ut av en handling som kan bli gjenstand for strafferettslig forfølgning, jf. artikkelens nr. 3 og 4:

«3. Underretning af debitor kan ikke ske efter udløbet af en frist på tre år, regnet fra datoen for toldskyldens opståen. Fristen afbrytes fra datoen for indgivelse af klage i henhold til artikel 243 og under hele klageproceduren.

4. Hvis toldskylden er opstået på grund af en handling, der på det tidspunkt, hvor den blev begået, kunne give anledning til retsforfølgning, kan underretningen af debitor om beløbets størrelse på de i de gældende bestemmelser fastsatte betingelser ske efter udløbet af den i stk. 3 nævnte frist.»

Toll- og avgiftsdirektoratet har anført at det ikke er et vilkår etter tollkodeksens artikkel 221 at strafferettslig forfølgning er iverksatt, det er tilstrekkelig at vilkårene for slik forfølgning er til stede. Direktoratet har videre vist til at uaktsom overtredelse av tolloven er straffbar, jf. tolloven § 60. Ut fra tollkodeksens ordlyd kan heller ikke jeg se at det er et vilkår i denne til vareieren er underlagt straffeprosesuell forfølgning. Etter bestemmelsen er det nok at handlingen «kunne give anledning til retsforfølgning» (i den medlemsstat som iverksetter etterberegningen). Det er etter dette neppe holdepunkter for at det kan reises avgjørende rettslige innvendinger til direktoratets oppfatning om at tolloven § 58 annet ledd første punktum ikke medfører at norske vareei-

ere forskjellsbehandles - i forhold til vareeiere som omfattes av regelverket i EU - når de kan bli etterberegnet toll, innførselsmerverdiavgift og engangsavgift ut over tre år etter innførsel i de tilfeller det foreligger uaktsomhet. Jeg finner da ikke grunn til å vurdere nærmere hvilke rettslige konsekvenser det ville fått om regelverket hadde vært ulikt. A har i korrespondansen hit fastholdt at selskapet ikke har gjort seg skyldig i en uaktsom handling som er straffbar etter tolloven. Dette er et forhold som ligger utenfor det som har vært grunnlaget for min undersøkelse av saken.

For øvrig gjelder etterberegningen i denne saken i hovedsak krav om innførselsmerverdiavgift etter merverdiavgiftsloven og engangsavgift etter lov om avgifter på motorvogn ikke krav om toll etter tolloven. Både uaktsom overtredelse av merverdiavgiftsloven og uaktsom overtredelse av lov om avgifter vedrørende motorkjøretøy og båter er straffbart, jf. merverdiavgiftsloven § 72 nr. 4 og engangsavgiftsloven § 2. Om tollkodeksens artikkel 221 gis tilsvarende anvendelse i EUs medlemsland for eventuelle andre avgifter enn toll, er et spørsmål for seg som jeg ikke har funnet grunn til å gå inn i.»

## 75.

### **Finansdepartementets endring av praksis med å frafalle foreldelsesinnsigelser på merverdiavgiftens område**

(Sak 2006/1028)

*Saken gjaldt Finansdepartementets avslag på en anmodning fra et selskap om frafall av foreldelsesinnsigelse for et foreldet krav på merverdiavgift som selskapet hadde til gode og som lå til behandling hos avgiftsmyndighetene da frafallepraksis ble vesentlig innstrammet av Finansdepartementet i brev 7. desember 2005.*

*Etter en konkret vurdering av Finansdepartementets avslag fant ombudsmannen det ikke rimelig at departementet hadde sett bort fra at selskapets opprinnelige anmodning om frafall av foreldelsesinnsigelsen var blitt sendt avgiftsmyndighetene ti måneder før Finansdepartementet strammet inn frafallepraksis.*

Siden 1955 har departementene med hjemmel i retningslinjer gitt i kongelige resolusjoner (kgl. res.), sist kgl. res. 20. desember 2002, hatt generell fullmakt til å ta stilling til krav vedrørende erstatningsutbetalinger og frafallelse av foreldelsesinnsigelser for krav mot staten. Etter denne fullmakten kan departementene frafalle foreldelsesinnsigelser for inntil ti år tilbake i tid, basert på en konkret rimelighetsvurdering. Med utgangspunkt i denne fullmakten var det tidligere en etablert praksis for å frafalle foreldelsesinnsigelsen for krav på utbetaling av til gode merverdiavgift for inntil ti år tilbake i tid, forutsatt at

tilgodebeløpet var betryggende dokumentert, og det verken var tvil om sakens faktiske eller rettslige sider.

Ved Finansdepartementets brev 7. desember 2005 til Skattedirektoratet ble det med øyeblikkelig virkning besluttet å endre praksisen med å frafalle foreldelsesinnsigelse. Beslutningen om å endre frafallelsespraksis ble også gjort gjeldende i forhold til frafallelsesanmodninger som var under behandling hos merverdiavgiftsmyndighetene, men som ikke var avgjort per 7. desember 2005.

Selskap A fremsatte i brev 10. februar 2005 til Møre og Romsdal fylkesskattekontor en anmodning om frafall av foreldelse og utbetaling av merverdiavgift med til sammen kr 1 980 821 for perioden fra 1994 til 31. august 2000. Kravet hadde sin bakgrunn i at selskapet i en årrekke hadde foretatt feil avgiftsbehandling av selskapets vaske- og verkstedvirksomhet. På bakgrunn av beløpets størrelse ble saken i brev av 22. mars 2005 oversendt fra fylkesskattekontoret til avgjørelse i Skattedirektoratet. Etter anmodning fra Skattedirektoratet i brev 4. mai 2005 ble ytterligere dokumentasjon oversendt fra selskap A til fylkesskattekontoret 22. september 2005 og videre sendt til Skattedirektoratet 31. oktober 2005. I Skattedirektoratets brev av 16. desember 2005 ble det fremsatte kravet om utbetaling av til gode merverdiavgift avslått. Som begrunnelse viste direktoratet til Finansdepartementets brev av 7. desember 2005, der departementet trakk tilbake fylkesskattekontorenes og Skattedirektoratets fullmakt til på visse vilkår å frafalle foreldelsesinnsigelse.

Selskap A søkte så Finansdepartementet om frafall av foreldelsesinnsigelsen. Søknaden ble avslått.

Da saken ble brakt inn for ombudsmannen ble det besluttet å undersøke den delen av saken nærmere som gjaldt praksisendringens betydning for søknader som lå til behandling hos avgiftsmyndighetene og som ikke var avgjort 7. desember 2005 da departementets beslutning om å endre frafallelsespraksis ble offentliggjort. I brevet herfra til Finansdepartementet het det derfor blant annet:

«Etter det som er opplyst, ble selskap As søknad opprinnelig sendt Møre og Romsdal fylkesskattekontor 10. februar 2005, og oversendt derfra til Skattedirektoratet 22. mars 2005 som følge av at kravets størrelse gjorde at fylkesskattekontoret ikke hadde fullmakt til å avgjøre saken. Etter anmodning fra Skattedirektoratet i brev 4. mai 2005 ble ytterligere dokumentasjon oversendt til fylkesskattekontoret 22. september 2005 og videre sendt til Skattedirektoratet 31. oktober 2005. Søknaden var således sendt inn før praksisendringen ble kjent, og lå fortsatt til behandling i Skattedirektoratet den dagen Finansdepartementets innstramning i frafallelsespraksis ble kjent og gjort gjeldende.

For søknader som lå til behandling i avgiftsetaten, men som ikke var ferdigbehandlet og avgjort 7. desember 2005 kan det således synes som om *saksbehandlingstiden* på de respektive fylkesskattekontor, eventuelt i Skattedirektoratet eller Finansdepartementet, kunne bli helt avgjø-

rende for om en søknad ble ferdigbehandlet og foreldelsesinnsigelsen frafalt i tråd med retningslinjene som gjaldt frem til 7. desember 2005.

Klagen hit forstås slik at selskap A blant annet mener at en slik forskjellsbehandling av søknader som alle var sendt avgiftsmyndighetene før innstramningen ble kjent og trådte i kraft må karakteriseres som vilkårlig, usakelig eller sterkt urimelig.

---

Det kan vanskelig være tvil om at den frafallelsespraksis som gjaldt frem til 7. desember 2005 hadde vært langvarig og var forutsatt å være konsekvent, jf. finansminister Karl Eirik Schjøtt-Pedersens skriftlige svar 20. april 2001 på spørsmål (nr. 328) fra stortingsrepresentant Ansgar Gabrielsen. Det er derfor nærliggende å anta at denne praksisen var relativt godt kjent blant de avgiftspliktige. Det bes derfor om departementets syn på hvorledes unnlåtelsen av å gi noe forhåndsvarsel kombinert med unnlåtelsen av å innføre en overgangsordning i forbindelse med praksisendringen 7. desember 2005 harmonerer med forvaltningens generelle forpliktelse etter god forvaltningsskikk til å ta hensyn til borgernes berettigede behov for forutberegnelighet, ikke minst under saksgangen i en søknadsbehandling som kan trekke ut i tid uten at den private part kan lastes for det.»

I departementets svarbrev het det blant annet:

«Ved Finansdepartementets brev 7. desember 2005 ble det besluttet å endre den praksis som hadde utviklet seg med frafallelse av foreldelsesinnsigelser på merverdiavgiftens område. Fullmaktene til Skattedirektoratet og fylkesskattekontorene ble samtidig trukket tilbake. Bakgrunnen for endringen var den usikkerheten praksisen skapte i forhold til provenyet. Det ble i denne forbindelse særlig vist til oppgjøret i kjølvannet av Høyesteretts avgjørelse i Porthuset-saken. Det ble også fremhevet at det ikke ble ansett å foreligge spesielle hensyn som i tilstrekkelig grad tilsa utbetaling av til gode merverdiavgift utover foreldelseslovens alminnelige frister. Endringen av praksis trådte i kraft umiddelbart, med virkning for saker som ikke var ferdigbehandlet per 7. desember 2005. Det ble videre presisert at dette gjaldt alle saker hvor avgjørelse om frafallelse av foreldelsesinnsigelse ennå ikke var truffet. Praksisendringen gjelder generelt for alle krav på til gode merverdiavgift, uavhengig av kravets bakgrunn.

Utgangspunktet er nå at foreldelsesinnsigelsen kun frafalles i helt spesielle tilfeller, og dette avgjøres av departementet.

Det er departementets utgangspunkt at omleggingen av praksis verken var i strid med den aktuelle fullmakten, ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper eller andre lovfestede regler. Den tidligere praksis hadde etter departementets oppfatning ikke dannet grunnlag for noen sedvanerett. Hensynet til likebehandling og saklighet ble videre ivaretatt både i forhold til selve endringen og i forhold til skjæringstidspunktet for endringens ikrafttreden. Det vises i denne sammenheng til departementets brev 7. desember 2005 til Skattedirektoratet, hvor det er nærmere redegjort for bakgrunnen for endringen. Som nevnt er staten også gitt medhold i sine synspunkter i de to dommene fra Oslo tingrett [3. og 12. desember 2006].



Når det gjelder de avgiftspliktige som hadde søkt om frafallelse av foreldelsesinnsigelse før 7. desember 2005, men hvor avgjørelsen ennå ikke var tatt, kom departementet til at også disse skulle behandles etter den nye praksisen. Beslutningen ble tatt ut fra en avveining av hensynet til likebehandling av de avgiftspliktige og de hensyn som begrunnet praksisendringen. I hvilken grad dette var urimelig, må etter vår oppfatning vurderes ut fra det forhold at de avgiftspliktiges fordring her allerede var foreldet. Det rettslige utgangspunkt var derfor at de ikke hadde noe krav på å få sitt tilgodehavende utbetalt. Dette må igjen ses i sammenheng med at de allerede hadde fått utbetalt innen den alminnelige foreldelsesfristen på tre år.

Avgjørelsen om hvorvidt foreldelsesinnsigelsen skal frafalles blir videre truffet i kraft av det offentliges private autonomi. Hver avgjørelse avhenger av en konkret vurdering, og man kan ikke på forhånd utlede sine rettigheter slik man kan etter loven. Staten er i slike tilfeller ansett for å stå friere enn ved ordinær offentligrettslig myndighetsutøvelse. Det følger av dette at de avgiftspliktige verken før eller etter praksisendringen hadde noe rettskrav på at innsigelsen skulle frafalles. Dette er også lagt til grunn av Oslo tingrett i de nevnte dommene.

Med dette utgangspunkt kom departementet til at det ville skape størst mulig grad av likebehandling blant de avgiftspliktige dersom alle tilfeller hvor avgjørelse om frafallelse ennå ikke var truffet, ble behandlet etter den nye praksis. Ettersom frafallelse av foreldelsesinnsigelse er avhengig av en konkret beslutning fra myndighetenes side, ble det ansett naturlig at denne beslutningen også ble det avgjørende i forhold til hvordan saken skulle vurderes. Vi er av den oppfatning at dette ikke var urimelig for de avgiftspliktige som hadde søkt før 7. desember 2005.

Departementet vil for øvrig bemerke at det ikke er slik som klagerne anfører at foreldelsesinnsigelsen heretter aldri vil bli frafalt for krav på til gode merverdiavgift. Som det fremgår av brevet 7. desember 2005, vil dette i spesielle tilfeller fortsatt kunne være aktuelt. Dersom det for eksempel har tatt urimelig lang tid å behandle en sak, og den avgiftspliktige på grunn av dette kom særlig uheldig ut i forhold til praksisendringen, kan dette være omstendigheter som gir grunn til å vurdere om foreldelsesinnsigelsen bør frafalles etter gjeldende praksis. Når det gjelder selskap A, kan departementet ikke se at det foreligger noen slike spesielle omstendigheter som tilsier at foreldelsesinnsigelsen burde frafalles. Det vises her til vårt avslag av 3. februar 2006, hvor det ble lagt avgjørende vekt blant annet på det forhold at saksbehandlingen stanset opp i en lengre periode i påvente av dokumentasjon fra selskap A.»

Da selskap A kommenterte Finansdepartementets svarbrev hit, opplyste det samtidig at: «departementet [har] nylig gitt frafall av foreldelsesinnsigelse i en sak som har mange likhetstrekk med denne sak».

Finansdepartementet bemerket så:

«[I] selskap As tilfelle [ble det] blant annet lagt vekt på at det var selskapet selv som forsinket saksbehandlingen i en lengre periode, mens det i selskap Bs tilfelle blant annet ble vektlagt at kravet gjaldt investeringsavgift og at saksbehandlin-

gen hadde tatt lenger tid enn andre sammenlignbare saker.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. I brevet herfra ble det blant annet bedt om Finansdepartementets syn på Frihagens uttalte oppfatning på side 204 i hans «Forvaltningsrett» (3. utgave, 1991), Bind I kapittel 6 om «Virkemidler, kompetanse og skjønn», om at:

«... [F]orvaltningsmyndighetene kan bli ansett forpliktet til å gi et visst forhåndsvarsel eller til å gjennomføre en overgangsordning dersom det skal foretas en omlegging av en festnet og kjent praksis som vedkommende borgere har innrettet seg etter. Forholdet blir det samme ved endringer av mer generelt formede prinsipper som vedkommende forvaltningsmyndighet har stilt opp for egne avgjørelser.»

Jeg forstår departementets svar slik at det er departementets oppfatning at det syn Frihagen ga uttrykk for her ikke kan ha særlig relevans i denne saken ettersom det ikke er tale om en forvaltningspraksis som har dannet en sedvanerettslig regel. Begrunnelsen for dette er bl.a. at avgjørelser om hvorvidt en foreldelsesinnsigelse skal frafalles alltid har blitt truffet i kraft av det offentliges private autonomi og etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, slik at de avgiftspliktige etter departementets mening ikke på forhånd kunne utlede noen rettigheter av tidligere praksis.

2. Når det gjelder søknader som lå til behandling i avgiftsetaten og som ikke var avgjort 7. desember 2005, har imidlertid departementet i samme brev uttalt at hvis urimelig lang saksbehandlingstid har ført til at den avgiftspliktige «på grunn av dette kom særlig uheldig ut i forhold til praksisendringen, kan dette være omstendigheter som gir grunn til å vurdere om foreldelsesinnsigelsen bør frafalles etter gjeldende praksis».

Det er nærliggende å oppfatte det departementet her uttaler som en viss innrømmelse: Selv om den avgiftspliktige etter departementets mening ikke kunne utlede noen «rettigheter» av avgiftsmyndighetenes tidligere frafallelsespraksis, så hadde de avgiftspliktige likevel frem til 7. desember 2005 en berettiget forventning om at en frafallelsessøknad ville bli behandlet og avgjort etter de saksbehandlingsregler og retningslinjer som var gjeldende inntil denne dato. Etter det jeg kjenner til, ble disse saksbehandlingsreglene og retningslinjene første gang tatt inn i en kgl. res fra 1955. Siden er saksbehandlingsreglene endret flere ganger ved kongelige resolusjoner. Endringene har stort sett gitt de enkelte fagdepartement stadig utvidet myndighet både med hensyn til størrelsen på det beløp det selv kunne frafalle foreldelsesinnsigelsen for uten først å forelegge spørsmålet for Justisdepartementet, og med hensyn til beløpsgrensen for de frafallelsessakene som fagdepar-

tementet kunne delegere til egne underliggende større etater. Sist disse retningslinjene ble endret var ved kgl. res 20. desember 2002. Ved denne endringen ble det enkelte departement gitt adgang til å frafalle foreldelsesinnsigelse uansett beløp uten først å måtte forelegge saken for Justisdepartementet eller Finansdepartementet.

I sitt skriftlige svar 20. april 2001 på spørsmål (nr. 328) fra stortingsrepresentant Ansgar Gabrielsen beskrev daværende finansminister Karl Eirik Schjøtt-Pedersen frafallelsespraksis mht. foreldet krav på tilbakebetaling av for mye innbetalt merverdiavgift/investeringsavgift slik:

«Selv om foreldelsesfristen på tre år er utløpt, er det etter forvaltningspraksis imidlertid blitt akseptert tilbakebetaling av merverdiavgift/investeringsavgift i tilfeller hvor avgiftsmyndighetene finner det tilstrekkelig godtgjort at det er betalt for mye avgift i forhold til korrekt avgiftsberegning. *I slike tilfeller påberoper staten seg ikke foreldelse.* (Min utheving) Det er en absolutt forutsetning at den næringsdrivende kan dokumentere sitt krav på en betryggende måte. Etter praksis frafalles ikke foreldelsesinnsigelsen for krav som på søknadstidspunktet er eldre enn 10 år.»

Denne uttalelsen fra daværende finansminister Karl Eirik Schjøtt-Pedersen kan vanskelig oppfattes annerledes enn som en bekreftelse på at Finansdepartementet og de underliggende avgiftsmyndighetenes frafallelsespraksis den gang var basert på et generelt prinsipp om at foreldelsesinnsigelsen skulle frafalles såfremt kravet var tilstrekkelig godtgjort og det på søknadstidspunktet ikke var eldre enn ti år.

Departementet har ikke hevdet at frafallelsespraksis endret seg i tiden mellom denne uttalelsen 20. april 2001 fra daværende finansminister Karl Eirik Schjøtt-Pedersen og departementets omlegging av praksis ved brevet til Skattedirektoratet 7. desember 2005. Selv om det i *utgangspunktet* formelt kan stå det offentlige - på lik linje med private - fritt å gjøre gjeldende lovfastsatt foreldelse, bekrefter derfor undersøkelsene herfra at frem til omleggingen 7. desember 2005 forholdt avgiftsmyndighetene seg til en langvarig og konsekvent praksis som gikk ut på at foreldelsesinnsigelsen skulle frafalles såfremt kravet var tilstrekkelig godtgjort og det på søknadstidspunktet ikke var eldre enn ti år. Ved behandlingen av en anmodning om frafall av foreldelsesinnsigelse begrenset således avgiftsmyndighetenes konkrete vurdering etter den praksis som gjaldt frem til 7. desember 2005 seg til hvorvidt den avgiftspliktiges dokumentasjon for at det var betalt for mye avgift var tilstrekkelig og om kravet var yngre enn ti år regnet fra søknadstidspunktet. Fant avgiftsmyndighetene at kravet var tilstrekkelig godtgjort og det var yngre enn ti år regnet fra søknadstidspunktet, var det etter fast praksis klart at foreldelsesinnsigelsen skulle frafalles *uten* nærmere vurdering fra avgiftsmyndighetenes side. Denne avgjørelsen var da, ifølge avgiftsmyndighetenes egne retningslinjer for øvrig, ikke

opp til avgiftsmyndighetenes nærmere og konkrete vurdering.

Frem til omleggingen av praksis 7. desember 2005 ga derfor disse retningslinjene og den forvaltningspraksis som var fulgt avgiftspliktige som på en betryggende måte kunne dokumentere et tilbakebetalingskrav som var yngre enn ti år på søknadstidspunktet, en klar forventning om å få dette beløpet tilbakebetalt av staten. Jeg har derfor særlig merket meg at Finansdepartementet synes å ha forutsatt at søknader om frafallelse av foreldelsesinnsigelsen innkommet før praksisendringen 7. desember 2005 skulle undergis høy prioritet nettopp for å forhindre at praksisendringen fikk urimelige konsekvenser for saker som alt var til behandling da praksis ble endret, jf. nedenfor.

3. Undersøkelsen herfra av saken til selskap A, har foranlediget en nærmere vurdering av den sammenlignet med likheter og forskjeller til to andre saker ombudsmannen er gjort kjent med og der frafallelse av foreldelsesinnsigelsen er innvilget etter den nye og strengere eller spesielle unntaksregelen. I tillegg til selskap B-saken som selskap A gjorde ombudsmannen oppmerksom på, jf. ovenfor, fikk ombudsmannen i juli 2007 oversendt fra departementet kopi av avgjørelsen i en annen sak hvor departementet frafalt foreldelsesinnsigelsen etter sin nye og strengere praksis dels på grunn av lang saksbehandlingstid.

I departementets begrunnelse 29. januar 2007 for å kunne frafalle foreldelsesinnsigelsen overfor selskap Bs krav på tilbakebetaling av investeringsavgift het det:

«Departementet vil innledningsvis bemerke at det ikke kan vektlegges at selskap B valgte å samle de enkelte kravene i en og samme søknad, og at det derfor tok lengre [tid] før det kunne sendes en fullstendig søknad til fylkesskattekontoret. Heller ikke de investeringer som er gjort finner vi å kunne legge avgjørende vekt på. Derimot er også departementet av den oppfatning at saksbehandlingstiden her spiller en rolle. Selv om vi mener at selskap B selv må bære ansvaret for den tid det tok å dokumentere kravene, er departementet kjent med at søknader som er innkommet etter selskap Bs søknad [19. januar 2005] likevel ble ferdigbehandlet før praksisendringen. De avgiftspliktige bør som et utgangspunkt kunne forvente at sakene blir behandlet i den rekkefølge de kommer inn til avgiftsmyndigheten, med mindre saken er av særlig komplisert karakter. Dette var ikke tilfellet her. Tvert i mot var det ut fra beløpets størrelse klart at saken måtte avgjøres av departementet, og saken burde derfor ha blitt oversendt relativt raskt. I tillegg til tidsmomentet finner departementet å kunne legge en viss vekt på at det i dette tilfellet gjelder krav på investeringsavgift og ikke merverdiavgift. Ettersom denne avgiften ble opphevet for flere år siden, er det ikke den samme risikoen i forhold til provenyet å frafalle i slike tilfeller. Kravet skiller seg således ut i forhold til de ordinære krav på til gode merverdiavgift. Departementet er derfor under tvil kommet til at dette må

kunne regnes som et spesielt tilfelle etter gjeldende praksis.»

Fra Finansdepartementets begrunnelse for å frafalle foreldelsesinnsigelsen i den andre saken ombudsmannen har kjennskap til siteres:

«Når det gjelder søknaden av 21. juni 2005 mener departementet at saksbehandlingstiden som utgangspunkt ikke kan anses å være urimelig lang. Sett i forhold til at slike saker i denne perioden hadde høy prioritet nettopp for å forhindre at praksisendringen fikk urimelige konsekvenser i forhold til saker som var under behandling på dette tidspunkt, kan det imidlertid hevdes at det bør stilles strengere krav enn normalt til saksbehandlingstiden.

I tillegg til dette finner departementet å kunne legge en viss vekt på at det i dette tilfellet gjelder krav på investeringsavgift og ikke merverdiavgift. Ettersom denne avgiften ble opphevet for flere år siden, er det ikke den samme risikoen i forhold til provenyet å frafalle i slike tilfeller. Kravet skiller seg således ut i forhold til de ordinære krav på til gode merverdiavgift. Departementet er derfor under tvil kommet til at også søknaden av 21. juni 2005 må kunne regnes som et spesielt tilfelle etter gjeldende praksis.»

Disse to avgjørelsene fra henholdsvis 29. januar 2007 og 29. juni 2007 kan forstås slik at departementet har vært tilbøyelig til å mene at fraværet av en overgangsordning kunne falle helt urimelig ut hvis en søknad ikke ble undergitt den høye prioritet som departementet synes å legge til grunn at gjaldt for disse sakene i forkant av praksisendringen 7. desember 2005. Hver av disse to frafallelsesavgjørelsene er riktignok bare dels begrunnet med lang saksbehandlingstid. Dels er de begge også begrunnet med at søknaden gjaldt tilbakebetaling av investeringsavgift som ble opphevet med virkning fra 1. oktober 2002. Av den grunn var det ikke samme risiko i forhold til provenyet å frafalle foreldelsesinnsigelsen i disse tilfellene.

Undersøkelsene herfra synes å ha gitt meg god innsikt i de hensyn departementet har søkt å ivareta i forbindelse med at praksisendringen ble gjennomført med virkning fra 7. desember 2005. Ett viktig hensyn for departementet har vært å gjennomføre en generell likebehandling av foreldelse av alle krav på til gode merverdiavgift ut over 3 år. Departementet har så nyansert denne «generelle likebehandlingen» ved i praksis å erkjenne behovet for fortsatt å praktisere en viss adgang til å innrømme frafallelse i spesielle tilfeller. Slik avveiningen mellom disse hensynene er blitt belyst under sakens gang her, har jeg vanskelig for å se hvorledes departementet i disse to sakene ville kunne avslått frafallelsesansmodningene på et rettmessig grunnlag. Det synes å være situasjonen selv om det ikke også var blitt lagt vekt på at det var foreldede krav på tilbakebetaling av investeringsavgift de aktuelle søknadene gjaldt. Når departementet først har erkjent at saksbehandlingstiden for disse to søknadene ble for lang, for den ene saken

i forhold til den normen departementet la til grunn at måtte gjelde for disse sakene, og for den andre i forhold til en eller flere sammenlignbare saker, ville et avslag lett fremstått som en vilkårlig avgjørelse eller som usaklig forskjellsbehandling, og følgelig også være i strid med god forvaltningsskikk.

4. I brevet hit hevdet departementet at det i avslaget til selskap A var blitt lagt «avgjørende vekt blant annet på det forhold at saksbehandlingen stanset opp i en lengre periode i påvente av dokumentasjon fra selskap A».

I departementets redegjørelse for sakens bakgrunn i klagevedtaket 3. februar 2006 het det riktignok:

«I brev 10. februar 2005 til Møre og Romsdal fylkesskattekontor fremsatte selskap A søknad om frafallelse av foreldelsesinnsigelse for krav på til gode merverdiavgift på 1 980 821 kroner for perioden 1994 til august 2000. Kravet har sin bakgrunn i at selskapet i en årrekke hadde foretatt feil avgiftsbehandling av selskapets vaske- og verkstedvirksomhet. Søknaden ble oversendt Skattedirektoratet 22. mars 2005, da fylkesskattekontoret ikke hadde fullmakt til å avgjøre saken. 4. mai 2005 sendte så Skattedirektoratet brev til selskap A hvor det ble bedt om ytterligere dokumentasjon av kravet. Det ble samtidig opplyst at saken ikke ville bli behandlet før slik dokumentasjon forelå. Dette ble sendt fylkesskattekontoret 22. september 2005, og videre til Skattedirektoratet 31. oktober 2005. Søknaden ble så avslått av Skattedirektoratet 16. desember 2005 under henvisning til den endrede praksis som ble innført 7. desember 2005.»

Departementets begrunnelse for avslaget lyder i hovedsak slik:

«Vi har forståelse for at praksisendringen i en overgangsperiode kan oppleves urimelig, men departementet viser her til at det er satt en klar dato for omleggingen og likebehandling tilsier at denne følges.

... Departementet kan [imidlertid] ikke se at det foreligger noen spesielle forhold i dette tilfellet som skulle tilsi at foreldelsesinnsigelsen frafalles etter den nye praksis på området. Oppfordringen til å innlevere korrekte avgiftsoppgaver tilsier at de avgiftspliktige som utgangspunkt selv er nærmest til å bære risikoen for uriktig anvendelse av regelverket i et tilfelle som dette. Tilbakebetaling bør derfor ikke skje utover foreldelseslovens frister.»

Det er vanskelig å se at det går frem av denne begrunnelsen at departementet la «avgjørende vekt blant annet på det forhold at saksbehandlingen stanset opp i en lengre periode i påvente av dokumentasjon fra selskap A». Jeg er også i tvil om et avslag på dette grunnlag ville vært forsvarlig i denne saken. Grunnen til at jeg er i tvil kan best forklares med den sterke forventningen retningslinjene som gjaldt frem til omleggingen av praksis 7. desember 2005 ga avgiftspliktige som på en betryggende måte dokumenterte et tilbakebetalingskrav som var yngre enn ti år på søknadstidspunktet, jf. ovenfor. Selv om det ikke

skulle være tale om en sedvanerettslig regel eller på annen måte en rettslig bindende norm som bare kan endres med virkning for saker der søknad ikke allerede var fremsatt, bør den forventning tidligere praksis hadde skapt få betydning for hvilke saker som anses som «spesielle» etter ny praksis uten at det behøver å være tale om en ny praksis med karakter av generelle overgangsregler.

Ved en sammenligning av de aktuelle sakene, er det utvilsomt - slik departementet har påpekt bl.a. med hensyn til investeringsavgift kontra merverdiavgift - relevante forskjeller mellom dem. Med hensyn til investeringsavgift kontra merverdiavgift forstår jeg imidlertid klagen hit slik at det også for krav på til gode merverdiavgift bare vil være et begrenset eller fåtall saker som lå til behandling da innstramningen av praksis ble kjent. Dette antallet samt den økonomiske størrelsen på de to ulike kravstypene, kan jeg vanskelig vurdere. Under forutsetning av at det ikke er tale om store forskjeller, vil imidlertid hensynet til å beskytte statens proveny ikke gjøre seg sterkt gjeldende.

Viktigere er det at jeg oppfatter tidsmomentet - spørsmålet om fremdriften i behandlingen av søknaden om frafallelse har vært tilstrekkelig prioritert - som et forhold der selskap As sak ikke står i noen vesentlig annen stilling enn de to sakene der frafall ble innrømmet. Søknaden fra selskap A ble opprinnelig sendt Møre og Romsdal fylkesskattekontor i brev 10. februar 2005. Først 4. mai 2005 ble selskap A bedt om å dokumentere kravet ytterligere. Det ble opplyst at saksbehandlingen ville «ta noe tid». Selskapet fikk samtidig opplyst at saken ikke ville bli behandlet før dokumentasjonen forelå. Den etter spurte dokumentasjonen sendte selskapet inn 22. september 2005.

Det var på denne bakgrunn ikke bare forhold på selskap As egen side som bidro til lang saksbehandlingstid. Jeg har i alle fall vanskelig for uten videre å akseptere at dette «varselet» i brevet fra Skattedirektoratet 4. mai 2005, som naturligvis ikke opplyste noe om den forestående innstramningen i frafallelsespraksis, i seg selv kunne gjøre det forsvarlig å nedprioritere behandlingen av denne saken på en slik måte at hele risikoen for at søknaden ikke ble behandlet før frafallelsespraksis var blitt omlagt så radikalt faktisk ble veltet over på selskap A.

I denne saken synes det ikke rimelig å se bort fra at den opprinnelige søknaden fra selskap A ble sendt avgiftsmyndighetene ti måneder før Finansdepartementet strammet inn frafallelsespraksis. Oversendelsesbrevet fra selskap A 10. februar 2005 til Møre og Romsdal fylkesskattekontor viser uttrykkelig til at siktemålet var å unngå at foreldelse ble påberopt. Det bør derfor ikke uten videre alene legges selskap A til last at selskapet ikke oppfattet opplysningen i brevet 4. mai 2005 om at saken ikke ville bli behandlet før tilleggsdokumentasjon forelå som et «varsel» om at søknaden så å si ikke ville bli ansett som formelt innkommet før denne dokumentasjonen var

mottatt, og derfor ville bli nedprioritert i forhold til andre søknader som det ellers ville vært naturlig å sammenligne den med i forkant av praksisendringen.

5. Jeg ber på denne bakgrunn om at departementet behandler søknaden fra selskap A på nytt i lys av mine synspunkter og merknader ovenfor.»

## 76.

### Avslag på søknad om ettergivelse av arbeidsgiveravgift – betydningen av begge ektefellers inntekts- og formuesforhold

(Sak 2006/2275)

*En advokat klaget på vegne av A over Buskerud skattefogdkontors avslag på As søknad om ettergivelse av skyldig arbeidsgiveravgift, og anførte blant annet at det var lagt vekt på forhold i vurderingen av ettergivelse som ikke var relevante.*

*Ombudsmannen kom til at skattefogdkontorets vedtak om å nekte ettergivelse av arbeidsgiveravgift i for stor grad åpnet for tvil om vurderingen som var foretatt og vurderingstemaet som var lagt til grunn var riktig og fullstendig nok. Begrunnelsen for å nekte ettergivelse syntes å ha variert hos skattefogdkontoret. Videre satte ombudsmannen spørsmålstegn ved berettigelsen av den vekt skattefogdkontoret hadde lagt på As og hans ektefelles samlede inntekt og formue i saken. Skattefogdkontorets henvisning til en rekke rettsregler som begrunnelse for vektleggingen var ikke nærmere begrunnet, og betydningen av ektefellenes samlede inntekt og formue var ikke nærmere utdypet. På denne bakgrunn ba ombudsmannen skattefogdkontoret om å foreta en fornyet vurdering av hvorvidt ettergivelse skulle gis. Skattefogdkontoret foretok deretter en fornyet vurdering av saken, og opprettholdt avslaget på As søknad om ettergivelse av skyldig arbeidsgiveravgift. Ombudsmannen fant etter dette grunn til å la saken bero med skattefogdkontorets fornyede vurdering.*

A og hans sønn B drev tidligere et selskap, Y. Selskapet var organisert som et ansvarlig selskap med delt ansvar mellom A og B, hvor A heftet for 60 % og B for 40 % av selskapets forpliktelser. Selskapet ble slått konkurs i 2005. Bakgrunnen for konkursen var sykdom hos A. Etter konkursen mottok A og B krav på skyldig arbeidsgiveravgift. B betalte inn sin del av den skyldige arbeidsgiveravgiften, mens A søkte om ettergivelse av sin del grunnet sykdom. Buskerud skattefogdkontor av slo søknaden. En advokat klaget deretter til ombudsmannen på vegne av A over Buskerud skattefogdkontors avslag på søknaden om ettergivelse av skyldig arbeidsgiveravgift.

I brev herfra til Buskerud skattefogdkontor ble det vist til at det fremgår av avslaget at søknaden om ettergivelse «blir derfor å betrakte som en ettergivelse av As ansvar», da As sønn B etter det som fremgår av avslaget har «gjort opp sin del av skyldig be-

løp etter konkursen». Det ble videre vist til at skattefogden i avslaget har fremholdt at «[e]tter en vurdering av de foreliggende opplysninger finner skattefogden av billighetshensyn ikke å kunne ettergi skyldig arbeidsgiveravgift med renter og omkostninger kr. 83.937,-». Avslaget er begrunnet med at «[s]ett hen til familiens samlede inntekt og formue er det ved avgjørelsen lagt til grunn at det ikke vil virke ubillig å fastholde kravet». Buskerud skattefogdkontor ble bedt om å redegjøre nærmere for denne begrunnelsen og det ble bedt opplyst hva som legges i «familiens samlede inntekt og formue». Videre ble det stilt spørsmål om hvilke familiemedlemmer tilknyttet A som eventuelt hadde vært tatt med i vurderingen av «familiens samlede inntekt og formue». Det ble også bedt om skattefogdkontorets redegjørelse for hvilken personkrets sin inntekt og formue skattefogdkontoret ser som relevant å trekke inn ved vurderingen etter billighetsforskriften § 2 av om en person skal ettergis arbeidsgiveravgift han er skyldig som deltaker i et ansvarlig selskap med delt ansvar etter selskapsloven 21. juni 1985 nr. 83 § 2-4 nr. 3, jf. § 1-2 nr. 1 bokstav b. Advokaten hadde i klagen hit vist til begrunnelsen om «familiens samlede inntekt og formue» og blant annet anført at «[s]lik jeg forstår vedtaket har en ved dette kun lagt vekt på samlet inntekt for A og B når en har gitt avslag i saken. Det er ikke anledning til å vektlegge den inntekt As sønn måtte ha i dag. B har ingen plikt til å forsørge sin far, og dette er ikke relevant i saken». Videre ble det vist til at advokaten anførte «at det er tatt utenforliggende hensyn som har påvirket vedtaket, som dermed er ugyldig». Advokatens anførsler ble bedt kommentert.

Videre ble det vist til at det i innstillingen fra skatteoppkreveren i X kommune til Buskerud skattefogdkontor fremgår blant annet følgende:

«Selv om A er varig ufør og at det således foreligger en billighetsgrunn her, synes vi ikke at det er riktig å ettergi deler av arbeidsgiveravgiften her, da vi kan kreve B for restbeløpet.»

Det ble vist til at slik saken var opplyst, syntes selskapet til A og B å ha vært organisert som et ansvarlig selskap med delt ansvar mellom A og B hvor A heftet for 60 % og B for 40 % av selskapets forpliktelser. Det ble opplyst at etter dette syntes det derfor som A og B har hatt en avtale om delt deltakeransvar, altså såkalt pro-rata-ansvar, for selskapets forpliktelser, jf. selskapsloven § 2-4 nr. 3. Det ble lagt til grunn herfra at dette skulle innebære at den enkelte av de to deltakerne kun hefter overfor kreditor, herunder tvangskreditorer, for selskapets forpliktelser etter den avtalte brøkmessige eller prosentmessige ansvarsfordelingen dem imellom. Videre ble det lagt til grunn at det således med andre ord ikke syntes å være noen solidaritet i heftelsesformen mellom de to deltakerne, og kreditor må derfor - om selskapet ikke dekker forpliktelsen - gå på hver enkelt deltaker for dennes brøkdel eller prosentdel av

den enkelte forpliktelse, jf. for eksempel Aarbakke, Ansvarlige selskaper og indre selskaper (6. utg. 2004) s. 129 flg. I innstillingen til skatteoppkreveren var det lagt til grunn at selskapets avgiftskrav kan kreves dekket fullt ut hos den enkelte deltaker, og ikke kun for henholdsvis 60 % av kravet hos A og 40 % hos B, til tross for at selskapet har vært organisert og registrert som ansvarlig selskap med delt ansvar. Deretter ble det vist til at det ikke fremgikk av skattefogdkontorets avslag hvorvidt ovennevnte vurdering i innstillingen også har vært vektlagt i avslaget. Det ble bedt om skattefogdkontorets syn på den vurderingen som er foretatt i innstillingen i forhold til de nevnte reglene om ansvarsform, og bedt redegjort for hvorvidt skattefogdkontoret mener at den delen av avgiftskravet som A hefter for kan gjøres gjeldende overfor B. Videre ble det bedt redegjort for hvorvidt og i hvilken grad den vurderingen som fremkommer i innstillingen har vært tatt i betraktning og eventuelt vektlagt ved skattefogdkontorets avslag.

Buskerud skattefogdkontor besvarte henvendelsen med blant annet følgende:

«I «familiens samlede inntekt og formue» legger vi til grunn husstandens samlede inntekter, bankinnskudd, andre formuesobjekter, og gjeld. Ved avgjørelsen har vi sett hen til A og [hans] ektefelle C (f. 24.06.47). Hun hadde ved likningen for 2005 en inntekt på kr 194.270 og et bankinnskudd på kr 76.312,-. Ved skatteavregning fikk hun utbetalt kr 22.745,- som hun hadde til gode. A fikk en restskatt på kr 27.417,- på samme tid.

Det er med andre ord husstandens samlede inntekter og utgifter som legges til grunn ved vurderingen, og ved denne avgjørelsen er det ikke sett hen til sønnen Bs forhold da han har som adresse; [...]. Anførselen fra advokaten om at det er tatt utenforliggende hensyn som har påvirket vedtaket stemmer ikke.

Uttalelsen i innstillingen fra skatteoppkreveren i X om at B kan kreves for restbeløpet er ikke vektlagt, og betraktningen støttes ikke av skattefogdkontoret. Jfr. skattefogdens brev til advokaten av 13.11.06 3. avsnitt. I boinnberetningen er det redegjort for fordelingen 40/60, og det er denne vi forholder oss til.»

As advokat kom med merknader i brev hvor det blant annet fremgikk:

«Jeg viser til Sivilombudsmannens brev av 22.2.07, hvor det bes om kommentarer til vedlagt brev fra Buskerud skattefogdkontor av 24.1.07.

Her opplyses at en har tatt hensyn til inntekt og formue til As ektefelle, ikke til inntekten til As sønn slik tidligere hevdet fra denne siden. Dette fremgår imidlertid ikke av vedtaket fra Buskerud skattefogdkontor av 13.11.06. Tvert om er konklusjonen bygget over samme lest som i vedtaket fra X skattefogdkontor. Dette må være avgjørende når det skal tas stilling til hvilke hensyn som ble vektlagt når skattefogdkontoret gjorde sitt vedtak.

Det anføres at en uansett heller ikke kan ta hensyn til ektefellens inntekt og formue når det gjelder vurderingen av billighet. Hun har ikke

noe ansvar for utestående arbeidsgiveravgift pådratt i hennes ektefelles næringsvirksomhet. Slik brevet fra skattefogdkontoret er formulert har en foretatt et skille ved hvilken adresse den enkelte har. Dette er klart nok ikke et skille som er relevant i denne sammenheng.

Anførselen om at de[t] er tatt utenforliggende hensyn opprettholdes dermed.

Videre fremgår det verken av det påklagde vedtaket eller skattefogdkontorets brev av 24.1.07, at en har vurdert og vektlagt de hensyn en rettslig sett skal tillegge vekt når en vurderer lemping. En har ikke vurdert Bs [antas å være A] sykdom og dens betydning for at avgiftskravet oppsto, og at den medfører at han ikke har økonomi til å betale kravet. En har heller ikke tatt med i vurderingen at avgiftsrestansene er oppstått i en mindre bedrift der slike problemer ifølge Skattedirektoratets melding 12/2-02 kan være avgjørende i forhold til lemping. Det eneste en har sett hen til er familiens inntekt. Dette medfører feil med rettsanvendelsen som medfører ugyldighet.

Subsidiært anføres at en med dette har gjort et vedtak vilkårlig, hvor en har utelatt en rekke sentrale hensyn fra vurderingen, som medfører at vedtaket er ugyldig.

Dette medfører som nevnt i klagen av 12.12.06 at vedtaket også er ugyldig fordi begrunnelsen ikke tilfredsstillende de rettslige krav som stilles til dette. Ut fra vedtaket er det ikke mulig å vurdere om de relevante hensyn er vurdert, og om en har gjort en korrekt vurdering av faktum i saken.

Til sist anføres at en uansett har lagt til grunn en for høy terskel for når det skal lempes i saker som dette.»

Kopi av brevet fra advokaten ble oversendt Buskerud skattefogdkontor. I oversendelsesbrevet ble skattefogdkontoret bedt i alle fall om å gi sitt syn på det rettslige grunnlaget for å trekke fomues- og inntekts situasjonen til As ektefelle inn i vurderingen av ettergivelsessaken.

I Buskerud skattefogdkontors svar fremgikk det blant annet følgende:

«Skattefogden har i sin vurdering sett hen til ekteskapsloven § 38 om ektefellers felles ansvar for underhold av familien, og hensyntatt reglene i samme lovs kapittel 8 om ansvar for gjeld. Vi har også sett hen til reglene i dekningslovens § 2-7, 1. ledd, sammenholdt med § 2-3, 4. ledd.

Etter en nærmere gjennomgang av saken ser vi at også søker alene har økonomi som gjør det mulig å nedlegge trekk til dekning av kravet. Dette gjør at billighetsvirkningen ikke er til stede. Vurderingen er gjort med bakgrunn i tall fra inntektsårene 2004, 2005 og 2006.

Vi beklager at dette ikke har kommet frem tidligere.»

Advokaten kom med merknader til skattefogdkontorets svar. I advokatens brev ble tidligere anførsler opprettholdt, og videre fremgikk det blant annet:

«Utviklingen i saken har gått fra et opprinnelig vedtak som tilsier at en har lagt vekt på inntekten til As sønn, til at en hevder å kunne legge vekt på den økonomiske situasjonen til hans ektefelle, til nå å hevde at hans egen økonomi er slik at den

alene tilsier at det ikke er grunnlag for å ettergi avgiftskravet.

Det gjøres ikke rede for hvilke vurderinger en har gjort knyttet til As økonomi, disse kan derfor ikke etterprøves. Det angis heller ikke om en har gjort en vurdering av de øvrige forhold i saken som er anført herfra som relevante i vurderingen av om avgiftskravet skal ettergis.

Den vending saken har tatt underbygger at det ikke er rettslig grunnlag for skattefogdkontorets vedtak. Saken fremstår som spesiell ved at en endrer begrunnelse for sitt vedtak uten at faktum er annerledes enn da den startet opp, noe som kan gi inntrykk av at en leter etter en begrunnelse for et ønsket resultat, i stedet for å gjøre en grundig vurdering av vilkårene før en konkluderer.»

Skattefogdkontoret kom med ytterligere merknader og skrev blant annet:

«Det fremgår av brevet fra advokaten at skattefogden har foretatt en vending i saken.

Til dette bemerkes at skattefogden i denne saken har lagt vekt på billighetsvirkningen. Det er i utgangspunktet husstandens økonomiske situasjon som er lagt til grunn - A og hans ektefelle. Ved en nærmere gjennomgang har vi sett at søker alene har økonomi som gjør det mulig å nedlegge trekk til dekning av kravet, noe som styrker skattefogdens beslutning. Inntekten til As sønn har skattefogden, som tidligere nevnt, aldri tatt med i sine vurderinger.

Advokaten uttaler videre i sitt brev at det ikke angis om skattefogden har gjort en vurdering av de øvrige forhold i saken.

Skattefogden vil til dette bemerke at alle fire vilkår for lemping vurderes ved søknad om lemping av skatte/avgiftskrav av billighetshensyn, og det presiseres at alle følgende fire vilkår skal være oppfylt:

Det må være tilstrekkelig billighetsårsak, jf. «dødsfall, særlig alvorlig eller langvarig sykdom, varig invaliditet eller andre årsaker»

Det må være en tilstrekkelig billighetsvirkning, jf. «virker særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende å fastholde hele skatten»

Det må være årsakssammenheng mellom billighetsårsaken og billighetsvirkningen, jf. «på grunn av[»]

Lempingen må ikke være egnet til å svekke den allmenne betalingsviljen, jf. [«]kan[»] som angir at avgjørelsen er opp til rette myndighets skjønn.

Skattefogden har i denne sak funnet at tilstrekkelig billighetsvirkning ikke foreligger og vektlagt det i avgjørelsen. Om øvrige vilkår skulle være oppfylt, vil det ikke være grunnlag for å ettergi kravet da samtlige skal være oppfylt for å kunne ettergi.»

Advokaten kom ikke med flere merknader i saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Ansvarsfordeling etter selskapsloven § 2-4 nr. 3

Skatteoppkreveren i X la til grunn i innstillingen 24. oktober 2006 at hele restbeløpet av arbeidsgiveravgiften kunne kreves betalt av B, og at det derfor ikke

var «riktig å ettergi deler av arbeidsgiveravgiften». I skattefogdkontorets vedtak 13. november 2006 fremgår det blant annet følgende:

«Selskapet var et DA hvor A heftet for 60 % og B 40 %. B har etter dette gjort opp sin del av skyldig beløp etter konkursen og saken blir å betrakte som en ettergivelse av As ansvar.»

Videre fremgår det at «[s]ett hen til familiens samlede inntekt og formue er det ved avgjørelsen lagt til grunn at det ikke vil virke ubillig å fastholde kravet». I svaret hit 24. januar 2007 har skattefogden vist til at «familien» er «husstanden», det vil si A og ektefellen C. Det fremgår videre at «[u]ttalelsen i innstillingen fra skatteoppkreveren i X om at B kan kreves for restbeløpet er ikke vektlagt, og betraktningen støttes ikke av skattefogdkontoret». Skattefogdkontoret viser i denne sammenheng til «3. avsnitt» i vedtaket, som er gjengitt ovenfor. Jeg tar skattefogdens svar til etterretning og forstår det slik at skattefogden er enig i det som fremgår av henvedelsen herfra om B og As ansvar som deltakere i selskapet Y, og at skattefogdens uttalelse i innstillingen om hvem som kan kreves for restbeløpet ikke er riktig. De to hefter altså kun overfor kreditorer for selskapets forpliktelser etter den avtalte prosentmessige ansvarsfordelingen dem imellom, det vil si henholdsvis 60 % for A og 40 % for B, slik at det ikke er noen solidaritet i heftelsesformen mellom de to deltakerne. Kreditorer må gå på hver enkelt av de to for deres prosentdel av selskapets forpliktelser. Jeg vil like fullt påpeke at det i skattefogdkontorets vedtak ikke kan sies å fremgå klart nok at skattefogdkontoret ikke er enig i skatteoppkreverens syn. Jeg mener skattefogdkontoret burde gitt klarere uttrykk for at skatteoppkreverens rettsanvendelse var feil, slik at det ikke var rom for tvil rundt hvilken betydning Bs rolle og økonomi var tillagt ved vurderingen av ettergivelse, særlig sett hen til at skattefogdkontoret for øvrig har vist til «familiens samlede inntekt og formue», som i seg selv ikke presiserer hvorvidt dette også gjelder B eller ikke.

#### *Adgangen til å trekke sønn og ektefelles inntekt og formue inn ved vurderingen av ettergivelse*

Buskerud skattefogdkontor har opplyst at det ikke har vært sett hen til sønnen Bs økonomiske situasjon ved vurderingen av ettergivelse for A. Jeg er enig med skattefogdkontoret i at Bs «inntekt og formue» ikke er relevant å trekke inn ved vurderingen etter billighetsforskriften § 2 av om A skal ettergis arbeidsgiveravgift han er skyldig som deltaker i et ansvarlig selskap med delt ansvar etter selskapsloven § 2-4 nr. 3, jf. § 1-2 nr. 1 bokstav b. Det forhold at B er As sønn medfører ikke at Bs inntekt og formue har relevans for vurderingen av ettergivelse av As forpliktelser. Enn mindre gjelder dette når B ikke forsørgeres av A og dermed heller ikke er en del av husstanden. Jeg viser til det jeg har sagt ovenfor om

at skattefogdkontorets vedtak åpner for tvil rundt hvorvidt B har vært tatt med i vurderingen som medlem av «familien». Det kunne vært uttrykt klarere i vedtaket hvilke personer det var siktet til med «familien», da vedtaket er egnet til å skape tvil om vurderingstemaet, og om de momenter som er lagt til grunn i vurderingen var saklige og relevante.

Skattefogdkontoret har videre lagt til grunn at det ved vurderingen av ettergivelse av arbeidsgiveravgift for A skal tas hensyn til ektefellen Cs inntekt og formue, da «familiens samlede inntekter, bankinnskudd, andre formuesobjekter, og gjeld». I brev hit 24. januar 2007 oppsummeres vurderingen av samlet inntekt og formue slik:

«C hadde ved likningen for 2005 en inntekt på kr 194.270 og et bankinnskudd på kr 76.312,-. Ved skatteavregning fikk hun utbetalt kr 22.745,- som hun hadde til gode. A fikk en restskatt på kr 27.417,- på samme tid.»

I brev herfra 6. mars 2007 ble skattefogdkontoret bedt om å gi sitt syn på det rettslige grunnlaget for å trekke formues- og inntekts situasjonen til As ektefelle inn i vurderingen av ettergivelsessaken. Skattefogdkontoret svarte med følgende:

«Skattefogden har i sine vurderinger sett hen til ekteskapsloven § 38 om ektefellers felles ansvar for underhold av familien, og hensyntatt reglene i samme lovs kapittel 8 om ansvar for gjeld. Vi har også sett hen til reglene i dekningsloven § 2-7, 1. ledd, sammenholdt med § 2-3, 4. ledd.

Etter en nærmere gjennomgang av saken ser vi også at søker alene har økonomi som gjør det mulig å nedlegge trekk til dekning av kravet. Dette gjør at billighetsvirkningen ikke er til stede. Vurderingen er gjort med bakgrunn i tall fra inntektsårene 2004, 2005 og 2006.»

Videre fremgår det blant annet av skattefogdkontorets brev 18. juni 2007 følgende:

«Det er i utgangspunktet husstandens økonomiske situasjon som er lagt til grunn - A og hans ektefelle. Ved en nærmere gjennomgang har vi sett at søker alene har økonomi som gjør det mulig å nedlegge trekk til dekning av kravet, noe som styrker skattefogdens beslutning.»

Det fremgår ikke hvilken nærmere betydning skattefogden tillegger reglene i dekningsloven og ekteskapsloven som er vist til ovenfor. Utgangspunktet må være at disse reglene ikke direkte åpner for at As ektefelles inntekt og formue får betydning for vurderingen av As økonomiske situasjon etter billighetsforskriften § 2. Dekningsloven § 2-3 fjerde ledd åpner for å trekke eiendelene til ektefelle med flere inn i vurderingen av hvilke eiendeler som kan beslaglegges hos skyldneren. Dekningsloven § 2-7 første ledd foreskriver at det ved utlegg i skyldnerens lønn skal tas hensyn til det som trengs til underhold av skyldneren og dennes husstand. Ekteskapsloven § 38 oppstiller hovedregelen om gjensidig underholdsplikt for ektefeller, og kapittel 8 i ekteskaps-

loven inneholder hovedregelen om at ektefeller ikke kan stifte gjeld med virkning for den andre, jf. § 40, med unntak for vanlige avtaler om daglige hushold, den enkelte ektefelles nødvendige behov, leie av felles bolig samt oppfostring av barn, jf. § 41. Slik jeg forstår skattefogdkontoret, er hensikten med henvisningen til disse reglene å vise at det skal tas hensyn til den andre ektefellen og dennes inntekt og formue ved anvendelsen av ettergivelsesreglene. Ektefellene sees til en viss grad under ett ved anvendelsen av reglene, og slik jeg oppfatter skattefogdkontoret er det dette som legges til grunn som et utgangspunkt ved vurderingen av ettergivelse.

Ordlyden i bestemmelsen om ettergivelse av arbeidsgiveravgift i den såkalte billighetsforskriften 18. juni 1997 nr. 608 § 2 er noe annerledes enn tilsvarende bestemmelser for eksempel i skattebetalingsloven § 41 og merverdiavgiftsloven § 69. Billighetsforskriften § 2 bestemmer at bl.a. arbeidsgiveravgift kan settes ned eller ettergis når det på grunn av «spesielle omstendigheter vil virke ubillig å fastholde kravet». Ordlyden i bestemmelsen kan antyde at avgiftsmyndighetene kanskje kan praktisere bestemmelsen noe mer restriktivt enn den lignende bestemmelsen i skattebetalingsloven § 41. Dette kan i tillegg formentlig underbygges ved de reelle særtrekk som knytter seg til arbeidsgiveravgiften og innføring av den. Samtidig er ordlyden i billighetsforskriften nokså generell. Jeg har derfor en viss forståelse for at skattefogdkontoret mener det kan tas hensyn også til ektefellens inntekt og formue ved vurdering av ettergivelse. Dette kan sies å underbygges ytterligere ettersom ektefellenes samlede økonomi tas i betraktning andre steder i regelverket i forhold til vurderinger som går på inngrep i en persons økonomi og regler som går på forholdet mellom ektefeller. De regler skattefogdkontoret har vist til gir imidlertid en hovedregel om ektefellenes separate økonomi, og gir for øvrig etter sin karakter uttrykk for en svært begrenset understøttelse og felles ansvar som sikrer den annen ektefelle et minimum av økonomisk trygghet. Ektefeller har en gjensidig underholdsplikt, jf. ekteskapsloven § 38. Videre kan det sies at dekningsloven § 2-7 første ledd hensyntar denne underholdsplikten, samt forsørgerplikten. Tilsvarende gjelder for dekningsloven § 2-3 fjerde ledd. Men det er hele tiden tale om svært begrensede økonomiske verdier. Hovedregelen er fortsatt at ektefeller ikke kan stifte gjeld med virkning for den andre, jf. ekteskapsloven § 40.

Når ettergivelse av en gift persons gjeldsansvar i forhold til gjeld pådratt i dennes næring, her arbeidsgiveravgift, skal vurderes, må utgangspunktet for vurderingen hva gjelder økonomiske forhold være denne personens selvstendige økonomi. Skattedirektoratets melding nr. 12/02 Lemping av skatter og avgifter med renter og omkostninger, gir under punkt 3.2.3 i forbindelse skattebetalingsloven § 41 uttrykk for at «[e]t utgangspunkt ved denne vurderingen kan være dekningsloven § 2-7». Dette gjelder i forhold

til skyldneren selv og hva denne trenger for å underholde seg selv og sin husstand, og om det sett hen til dette vil være «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» etter skattebetalingsloven § 41 å fastholde skatten. Skattedirektoratets henvisning til dekningsloven § 2-7 kan derimot ikke sies å innebære at det skal sees hen til ektefellenes samlede inntekt og formue ved vurderingen av om det «vil virke ubillig å fastholde kravet». Dette er noe annet enn å vurdere skyldnerens egen inntekt og formue opp i mot de behov denne har for å kunne underholde seg selv og sin husstand.

Det kan ikke være en forutsetning at man økonomisk sett er avhengig av underhold fra sin ektefelle, og dermed er innenfor ekteskapsloven § 38, for at ettergivelse skal være aktuelt, og at dersom slikt underhold kan gis av ektefellen så er ettergivelse uaktuelt. Motsatt vil ikke det forhold at man økonomisk ikke er avhengig av underhold fra sin ektefelle, eller at man trenger underhold og at slikt underhold kan gis av ektefellen, nødvendigvis utelukke ettergivelse. Tilsvarende gjelder i forhold til dekningsloven § 2-7 første ledd. Å anvende ekteskapsloven § 38, dekningsloven § 2-3 eller dekningsloven § 2-7 på denne måten i forhold til billighetsforskriften § 2 vil være å gi reglene i ekteskapsloven og dekningsloven for vidtgående konsekvenser i forhold til hva reglene faktisk regulerer. I forhold til billighetsforskriften § 2 bør ektefeller som hovedregel ikke sees på som en økonomisk enhet.

### *Konklusjon*

Etter dette er jeg kommet til at den vurderingen skattefogdkontoret har foretatt i vedtaket 13. november 2006 i for stor grad åpner for tvil om vurderingen er riktig og fullstendig nok i forhold til vilkårene i billighetsforskriften § 2. Skattefogdkontoret har riktignok i korrespondansen hit vist til at «også søker alene har økonomi som gjør det mulig å nedlegge trekk til dekning av kravet», men begrunnelsen for hvorfor ettergivelse ikke skal gis og hvilke vurderingstemaer som er benyttet synes å ha variert noe hos skattefogdkontoret. Videre synes det å ha blitt lagt vekt på ektefellenes samlede inntekt og formue, noe jeg som det fremgår foran setter et spørsmålsteget ved berettigelsen av i denne saken. Henvisningen til reglene i ekteskapsloven og dekningsloven er ikke særlig begrunnet, og betydningen av inntekten og formuen til ektefellene samlet er ikke nærmere utdypet. Det opprinnelige vedtaket er videre for upresist i forhold til hva som er vurderingstemaet og begrunnelsen for ikke å ettergi, og personkretsen det tas hensyn til er for vagt angitt, jf. også det som er sagt ovenfor om forholdet til sønnen B.

Jeg må på denne bakgrunn be om at Buskerud skattefogdkontor foretar en ny vurdering av hvorvidt ettergivelse skal gis, og ber om å bli orientert om utfallet av avgjørelsen når den foreligger.»



## Sakskostnader

77.

### Dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 der fylkesmannen hadde opphevet en kommunes avslag på en søknad om fradeling av en parsell

(Sak 2005/989)

*Saken gjaldt et krav om dekning av saksomkostninger etter at fylkesmannen hadde opphevet av kommunens avslag på en søknad om fradeling av en parsell. Opphevelsen medførte ingen permanent eller midlertidig endring av rettsstillingen for klageren med hensyn til realiteten.*

*Ombudsmannen kom til at saksomkostninger bør kunne kreves dekket i et slikt tilfelle og ba fylkesmannen vurdere sitt vedtak på ny.*

A fremsatte 22. juli 2004 krav overfor Tvedestrand kommune om dekning av saksomkostninger.

Saksomkostningene var pådratt i forbindelse med klage over kommunens avslag på en søknad fra A om fradeling av en parsell. Klagen resulterte i at Fylkesmannen i Aust-Agder opphevet avslaget på grunn av mangelfull begrunnelse, jf. forvaltningsloven § 24, og hjemviste saken til ny behandling i kommunen. Utgiftene i forbindelse med klagen krevde A dekket etter forvaltningsloven § 36. Ifølge denne bestemmelsen skal den private part tilkjennes dekning av nødvendige kostnader når et vedtak blir «endret til gunst» for parten.

Tvedestrand kommune avslo kravet om dekning av saksomkostninger. Etter klage ble avslaget stadfestet av fylkesmannen 25. januar 2005. Både kommunen og fylkesmannen begrunnet sine avslag med at vedtaket ikke kunne anses å være «endret til gunst» for den private part, ettersom opphevelsen ikke påvirket hans rettslige posisjon med hensyn til realiteten - altså hans rett til å fradele parsellen. Opphevelsen innebar kun at saken måtte behandles på ny av kommunen, ikke at A fikk rett til fradeling.

A bragte saken inn for ombudsmannen og anførte at opphevelsen innebar en endring av vedtaket til gunst for ham, og at dekning av saksomkostninger således skulle tilkjennes.

Ombudsmannen har tatt opp spørsmålet om tilkjenning av saksomkostninger i slike tilfeller med Justisdepartementet flere ganger tidligere i forbindelse med saker som har vært til behandling her, sist i forbindelse med sak inntatt i årsmeldingen for 2003 side 160.

I brev hit 2. januar 1989 og 2. september 2003 har departementet skilt mellom tre typetilfeller av opphevelsesvedtak: For det første de tilfeller der opphevelsen reelt sett innebærer en endelig realitetsavgjørelse av saken. For det andre de tilfeller der opphevelsen midlertidig endrer rettsstillingen til

fordel for den private part, f.eks. ved opphevelse av et vedtak som pålegger en plikt, men hvor parten risikerer å bli pålagt samme plikt ved fornyet behandling av saken. Til sist de tilfeller der opphevelsen verken medfører noen permanent eller midlertidig endring i rettsstillingen for den private part med hensyn til realiteten, f.eks. ved opphevelse av avslag på en søknad om tillatelse. Departementets oppfatning syntes å være at forvaltningsloven § 36 omfatter de to førstnevnte tilfellene, mens det er grunn til å holde det sistnevnte tilfellet (såkalte «gruppe 3-tilfeller») utenfor.

Foreliggende sak dreier seg om et gruppe 3-tilfelle. Med utgangspunkt i denne saken, ble problemstillingen igjen tatt opp med departementet ved brev herfra 13. juli 2006. I brevet het det blant annet:

«Spørsmålet i saken er hvorvidt en ren opphevelse av et avslag på en søknad om tillatelse innebærer at vedtaket er «endret til gunst» for søkeren, uavhengig av hva som blir det endelige utfallet av saken med hensyn til realiteten.

---

Nedenfor følger en kort oversikt over rettskildet, herunder tidligere korrespondanse mellom ombudsmannen og departementet.

Ifølge bestemmelsen skal omkostninger tilkjennes når «et vedtak blir endret til gunst for en part». Ordlyden er således ikke isolert sett til hinder for å tilkjenne omkostninger i det aktuelle tilfellet.

I bestemmelsens forarbeider (Ot.prp. nr 27 (1968-1969) s 47) heter det:

«Det at et vedtak blir opphevd, vil i seg selv ikke innebære at det endres til gunst for parten. Her må man se på hva resultatet endelig blir.»

Uttalelsen taler for at man ved opphevelse alltid må avvente og se hva resultatet blir med hensyn til realiteten, slik at selve opphevelsen ikke utløser noe krav på omkostninger. Dette har imidlertid ikke vært til hinder for at man i praksis har tilkjent omkostninger i de tilfellene der et tyngende vedtak oppheves - uavhengig av det endelige utfallet av saken. Betragtningen har vært at opphevelsen i disse tilfellene innebærer en midlertidig endring til gunst for parten.

Tilfeller som det foreliggende, der avslag på søknad om et gode (typisk en tillatelse) oppheves, har derimot blitt ansett å falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Ombudsmannen tok opp spørsmålet med departementet i forbindelse med sak inntatt i årsmeldingen for 1989 side 86. I brev 14. mars 1988 til departementet fremhevet ombudsmannen en del hensyn som etter hans mening talte for å tilkjenne omkostninger i tilfeller som det foreliggende. Departementet ga uttrykk for at det fant det vanskelig å tolke bestemmelsen på denne måten og at det var mer hensiktsmessig å ta opp spørsmålet i forbindelse med den pågående gjennomgangen av forvaltningsloven. I det avsluttende brevet fra ombudsmannen til klageren i saken het det at «etter en grundig vurdering av spørsmålet har jeg funnet å måtte akseptere Lovavdelingens standpunkt».

Spørsmålet var også oppe i forbindelse med forberedelsen av de endringer i bestemmelsen som ble vedtatt i 1995. Departementet hadde i

sitt høringsnotat inntatt et forslag om at saksomkostninger skulle kunne kreves dekket i tilfeller som det foreliggende. Etter høringsrunden fant imidlertid departementet ikke grunnlag for å videreføre dette forslaget. Det ble vist til at det hersket usikkerhet omkring de økonomiske konsekvensene (Ot prp nr 75 (1993-1994) s 52).

Før lovendringen i 1995 åpnet bestemmelsens annet ledd for å tilkjenne saksomkostninger på grunnlag av rimelighetsvurderinger i tilfeller som ikke falt inn under første ledd. Dette tidligere annet ledd ble imidlertid fjernet under komitébehandlingen, uten nærmere begrunnelse.

I forbindelse med sak inntatt i årsmeldingen for 1996 side 197 tok ombudsmannen igjen opp spørsmålet med departementet. Denne saken var imidlertid ikke helt typisk for problemstillingen, da det var førsteinstansen som av nokså spesielle grunner opphevet sitt avslag og startet behandlingen på ny. Ombudsmannen konkluderte i denne saken med at rettsstillingen for denne type opphevelsesvedtak står i samme stilling som tidligere i relasjon til forvaltningsloven § 36 første ledd.

Spørsmålet ble siste gang tatt opp med departementet i forbindelse med sak inntatt i årsmeldingen for 2003 side 160. Slik det konkrete saksforholdet lå an, ble det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet. Ifølge departementets svarbrev hit 2. september 2003 var det «formelt sett ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om tiden nå kan være moden for en tolkning av fvl. § 36 som også åpner for dekning av saksomkostnader i gruppe 3-tilfellene, dvs. tilfeller der klageren har fått medhold i det prosessuelle, men der hans rettslige posisjon med hensyn til realiteten ikke ble endret i og med opphevelsen». Det fremgikk likevel av brevet at departementet synes å være kritisk til en slik tolkning.

I den korrespondansen som har vært mellom departementet og ombudsmannen vedrørende dette spørsmålet, har det herfra vært fremhevet en del hensyn som etter ombudsmannens mening kan tale for å tolke forvaltningsloven § 36 slik at den omfatter tilfeller som det foreliggende. Det kan i denne forbindelse særlig vises til brev herfra 14. mars 1988. I tillegg vil ombudsmannen her fremheve ytterligere noen hensyn som kan ha betydning ved vurderingen av spørsmålet.

Etter ombudsmannens oppfatning har enhver borger krav på å få sin sak forsvarlig behandlet av forvaltningen i henhold til gjeldende saksbehandlingsregler. Dette gjelder uavhengig av hvilket utfall saken får med hensyn til realiteten. Dersom det er nødvendig for borgeren å pådra seg utgifter for å oppnå en slik behandling, vil det normalt fremstå som rimelig at han slipper å dekke disse selv. Synspunktet er altså at det ikke skal koste noe å få sin sak forsvarlig behandlet. Ombudsmannen kan derfor ikke uten videre slutte seg til det som uttales i departementets brev 2. september 2003:

«Saksbehandlingsfeil knyttet til det første avslaget kan da ha tatt parten med på en lengre og mer kostbar rundtur i forvaltningssystemet enn det som ville vært ideelt, men noen materiell overlast har vedkommende ikke lidt, og formelt må det kunne legges til grunn at det godet han søkte om, det skulle han ikke ha. Det er etter vårt syn ikke urimelig at risikoen for udekte utgifter legges på parten selv.»

I tilfeller der vedtaket oppheves på grunn av

saksbehandlingsfeil, og dette har påført den private part utgifter, vil det dessuten normalt være rimelig at utgiftene bæres av den som har begått feilen - altså forvaltningen. Et slikt synspunkt har en viss støtte i alminnelige culpa-betraktninger.

Etter opphevelsen av det tidligere annet ledd i 1995, gir ikke bestemmelsen lenger uttrykkelig adgang til å gi dekning for omkostninger på grunnlag av rimelighetsbetraktninger. Dette kan tenkes å ha betydning for tolkningen av første ledd. Uten en slik adgang kan det være behov for å tolke første ledd slik at det omfatter tilfeller som tidligere har vært holdt utenfor, dersom urimelige resultater skal unngås. Departementet berørte denne problemstillingen i siste avsnitt i brev hit 2. september 2003. Det ble da antydnet at det fortsatt finnes en slik adgang til skjønnsmessig dekning av omkostninger, uten at dette ble nærmere utdypet.

Ombudsmannen ber om departementets merknader til ovenstående samt departementets syn på om tiden nå kan være moden for en tolkning av bestemmelsen som åpner for dekning av omkostninger i foreliggende tilfelle. I tillegg bes departementet opplyse hvorvidt de økonomiske konsekvensene fremstår som like usikre i dag som ved lovendringen i 1995.»

I svarbrevet 13. desember 2006 uttalte Justisdepartementets lovavdeling blant annet:

«Om vår forståelse av vilkåret «endret til gunst» og grunnlaget for denne forståelsen viser vi til vårt brev 2. september 2003 til Sivilombudsmannen i vår sak 2003/05695 EO. Vi viser også til brev til oss 13. september 2003 i samme sak, der det fremgår at Sivilombudsmannen ikke hadde noen merknader til vår gjennomgåelse av gjeldende rett. Vårt inntrykk er at den tolkingen av forvaltningsloven § 36 første ledd som Sivilombudsmannen og Lovavdelingen gjennom lang tid og etter flere vurderinger har lagt til grunn, synes å være vel kjent og etablert hos fylkesmennene. I det følgende vil vi kun kommentere hensyn som særskilt er trukket frem i brevet 13. juli 2006. For enkelhets skyld taler vi i det følgende om «klageinstansen», selv om forvaltningsloven § 36 ikke er begrenset til dekning av saksomkostnader i klagesaker.

1. Vi er som utgangspunkt enige i at enhver borger har rett til å få sin sak forsvarlig behandlet i henhold til gjeldende saksbehandlingsregler. Vi vil likevel tilføye at ikke alle saksbehandlingsregler er av en slik art at de er satt til vern av private parter interesser.

Vi kan ikke slutte oss til en generell påstand om at det «ikke skal koste noe å få sin sak forsvarlig behandlet», eller at det normalt vil «fremstå som rimelig» at den enkelte slipper å dekke kostnader med å oppnå en forsvarlig saksbehandling. Ved behandling av forvaltningssaker i første instans regnes det som selvsagt at den enkelte i atskillig utstrekning må bidra til sakens opplysning, selv om forvaltningen har et overordnet ansvar for å sørge for at saken er forsvarlig opplyst. Dette kan etter omstendighetene innebære atskillige kostnader og innsats for øvrig for parten.

En part skal først og fremst slippe å dekke kostnader som er en følge av at saksbehandlingen ikke har skjedd i samsvar med saksbehand-

lingsreglene i lov og forskrift eller saksbehandlingen ellers ikke oppfyller det grunnleggende kravet om forsvarlig saksbehandling. Om en part har krav på dekning av tap, herunder kostnader, som vedkommende lider på grunn av at saksbehandlingen har vært ulovlig eller uforsvarlig, må som utgangspunkt avgjøres etter alminnelige regler om det offentliges erstatningsansvar. Vi finner grunn til å peke på at spørsmålet om hvor langt en part etter alminnelige erstatningsrettslige regler kan kreve erstatning for saksbehandlingsfeil som er begått på ett stadium av en sak, men som siden er rettet opp i forvaltningen innenfor rammene av en ordinær saksbehandling (herunder gjennom klagesaksbehandling), i liten grad er avklart. Vi antar at førsteinstansens og klageinstansens saksbehandling etter omstendighetene må ses samlet i en erstatningsrettslig vurdering, men ser ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet her.

Forvaltningsloven § 36 gir, så langt bestemmelsen rekker, rett til dekning av saksomkostninger på objektivt grunnlag og etter en særskilt prosedyre. Det kreves i prinsippet ikke at det er begått feil i form av brudd på saksbehandlingsregler eller på annen måte, så lenge vedtaket er endret til gunst for parten. Forvaltningsorganet avgjørelse etter forvaltningsloven § 36 kan påklages. Ordningen etter forvaltningsloven § 36 innebærer i praksis visse fordeler for den private, både materielt og prosessuelt, sammenlignet med det som følger av alminnelige erstatningsrettslige regler. Rekkevidden av retten etter § 36 er likevel begrenset på viktige punkter. For eksempel gir forvaltningsloven § 36 første ledd ikke krav på dekning av kostnader som en part har som følge av at feil begås i førsteinstansen hvis feilen rettes opp innen det treffes vedtak i klageinstansen og vedtaket ikke blir endret til gunst for parten ved at klageinstansen treffer nytt, negativt realitetsvedtak.

Utenfor saker om enkeltvedtak er det for øvrig ikke noen mulighet til å forankre krav om dekning av kostnader for saksbehandlingsfeil i forvaltningsloven § 36 første ledd. Isolert sett er en ren opphevelse av et avslag på en søknad om en tillatelse en prosessledende beslutning, og ikke et enkeltvedtak. Det alminnelige utgangspunkt er at lovgivningen om forvaltningsprosessen ikke gir noe rettskrav på saksomkostninger om en gis medhold i prosessledende beslutninger. Klageinstansen kan som utgangspunkt velge om den skal treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd. Å la dette valget få betydning for saksomkostningsspørsmålet der det endelige utfallet likevel blir avslag, kan synes noe ubegrunnet. Vi nevner at slike beslutninger også ellers står i en annen stilling enn vedtak om sakens realitet. De kan normalt ikke påklages, og de kan normalt heller ikke gjøres til gjenstand for søksmål.

2. Sivilombudsmannen uttaler, i forlengelsen av synspunktet om at det normalt ikke skal koste noe å få sin sak behandlet:

«I tilfeller der vedtaket oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, og dette har påført den private part utgifter, vil det dessuten normalt være rimelig at utgiftene bæres av den som har begått feilen - altså forvaltningen. Et slikt synspunkt har en viss støtte i alminnelige culpabetraktninger.»

Vi er, som en rettspolitisk betraktning, enig i at det forhold at et vedtak oppheves på grunn av at et forvaltningsorgan har begått en saksbehandlingsfeil, taler for at den private parten skal slippe å bære de særlige kostnadene som oppstår som følge av at feilen er begått. Opphevingen vil normalt (men ikke alltid) ha bakgrunn i at det er gjort en eller flere feil fra forvaltningens side, og at feilen er av et visst alvor. Når vedtaket oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, skjer dette således normalt fordi det er grunn til å tro at feilen eller feilene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, sml. forvaltningsloven § 41.

3. Om betydningen av at dagjeldende § 36 annet ledd ble opphevet i 1995, viser vi i første rekke til vårt brev fra 2003. Vi avviser der opphevingen av § 36 annet ledd som et avgjørende argument for å omtolke § 36 første ledd i samsvar med det som antydes av Sivilombudsmannen. Samtidig peker vi på at det er mulig å gjøre unntak der den tradisjonelle tolkingen i konkrete saker vil gi et urimelig resultat.

Vi finner særlig grunn til å fremheve at en omtolking i samsvar med den som skisseres av Sivilombudsmannen, i praksis ville innebære en slik endring som Stortinget ikke vedtok i 1995. Omtolkingen ville dessuten gå lenger i retning av å etablere en rett til å kreve saksomkostninger enn det som ville vært utfallet hvis Stortinget i 1995 beholdt dagjeldende § 36 annet ledd.

Etter vårt syn vil den tolkingen som antydes av oss i brevet i 2003 ivareta hensynet til å unngå urimelige resultater, samtidig som en forholder seg lojalt til Stortingets vedtak i 1995. Vi er ikke blinde for at en rett til kostnadsdekning, forankret i forvaltningsloven § 36 første ledd, både prinsipielt og trølig praktisk vil styrke partens mulighet for dekning av kostnader sammenlignet med en skjønnsmessig preget adgang til å tilkjenne saksomkostninger. Hvis et rettskrav etableres, blir det i større grad opp til forvaltningen å argumentere for at det ikke er grunnlag for kravet. Hvorvidt det skal etableres et rettskrav på saksomkostninger i slike tilfeller er etter vårt syn et prinsipielt spørsmål som Stortinget bør ta stilling til på bakgrunn av forutgående utredning og høring.

Det kan spørres om det er mulig å oppstille noe mer presise retningslinjer for når forvaltningen bør tilkjenne saksomkostninger ved en ren opphevelse av et avslag på en søknad om tillatelse. Etter § 20-12 i tvisteloven 2005, som ennå ikke er trådt i kraft, kan en part i en rettssak kreve dekket kostnader fra det offentlige hvis feilen skyldes da retten er «vesentlig å bebreide» (første ledd bokstav b). Etter vårt syn vil dette momentet være et viktig argument for å tilkjenne omkostninger også når forvaltningen begår saksbehandlingsfeil. Dette innebærer i realiteten ikke noe mer enn det som allerede følger av en vurdering etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

4. Avslutningsvis i brevet hit blir vi bedt om å opplyse hvorvidt de økonomiske konsekvensene av en omtolking fremstår som like usikre i dag som ved lovendringen i 1995. Vi har ikke foretatt noen undersøkelse av de økonomiske konsekvensene av å gi en part krav på saksomkostninger i de nevnte tilfellene. Vårt inntrykk er at de kravene som i dag fremsettes, i gjennomsnitt er betydelig høyere enn for noen år siden. Vi har ikke grunnlag for å si om en slik beskrivelse er

treffende for den kategorien saker som særskilt er drøftet i dette brevet.»

Departementets svarbrev ble oversendt fylkesmannen og A. Ingen av disse hadde ytterligere merknader i saken.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Problemstillingen i saken er hvorvidt A har krav på dekning av saksomkostninger pådratt i forbindelse med klagen som resulterte i at fylkesmannen opphevet det opprinnelige avslaget og sendte saken tilbake til ny behandling i kommunen.

Selv om saken gjelder en konkret klage fra A, har problemstillingen vært tatt opp med departementet i generell form. Jeg vil i det følgende redegjøre for mitt syn på den generelle problemstillingen, men begrenser redegjørelsen til å omfatte tilfeller der opphevelsen av vedtaket skyldes at førsteinstansen har begått en saksbehandlingsfeil.

I forvaltningsloven § 36 heter det: «Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket ...» I forhold til denne bestemmelsen er således spørsmålet hvorvidt en ren opphevelse av et avslag på en søknad om tilatelse innebærer at vedtaket er «endret til gunst» for søkeren, uavhengig av hva som blir det endelige utfallet av saken med hensyn til realiteten.

#### 1. Generelt om forståelsen av bestemmelsen

Etter mitt syn omfattes et slikt tilfelle av en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd. Når førsteinstansens vedtak er opphevet, er dette brakt ut av verden. Det kan ikke være tvil om at vedtaket dermed er «endret». Spørsmålet er om endringen er «til gunst» for søkeren. For søkeren vil opphevelsen være en fordel, blant annet fordi den gir ham en mulighet til å få søknaden innvilget ved den fornyede behandlingen. Uten opphevelsen ville avslaget blitt stående som endelig. I et tilfelle som det foreliggende, der opphevelsen skyldes mangelfull begrunnelse, vil dessuten en fornyet behandling med en tilfredsstillende begrunnelse gi søkeren bedre grunnlag for å vurdere om han skal påklage vedtaket eller eventuelt bringe det inn for domstolene. Dette må regnes som en fordel for søkeren, selv om utfallet av den fornyede behandlingen blir et nytt avslag. Endringen må dermed ut fra en naturlig språkbruk sies å være «til gunst» for søkeren.

Når slike tilfeller (gruppe 3-tilfellene) har vært holdt utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, har dette i første rekke vært begrunnet med at endringen kun gjelder søkerens prosessuelle posisjon, ikke hans materielle. En slik distinksjon følger imidlertid ikke av bestemmelsens ordlyd og må således regnes som en innskrenkende fortolkning.

Som det fremgår av den korrespondansen med

lovavdelingen som er gjengitt ovenfor, finnes det rettskildemessige holdepunkter for en slik fortolkning, særlig i bestemmelsens forarbeider (Ot.prp. nr. 27 (1968-69)). Lovendringen i 1995 og forberedelsen av denne gir også en viss støtte for tolkningen.

Bestemmelsens forarbeider har imidlertid ikke vært til hinder for at den har blitt tolket slik at den omfatter både opphevelse av tyngende vedtak (gruppe 2-tilfellene) og opphevelse av avvisningsvedtak, uavhengig av sakens endelige utfall. I lys av bestemmelsens ordlyd fremstår skillet mellom disse tilfellene og gruppe 3-tilfellene som ganske teoretisk og nokså svakt rettskildemessig begrunnet. Særlig er det vanskelig å få øye på vektige relevante grunner til å behandle gruppe 3-tilfellene annerledes enn avvisningstilfellene. I begge tilfeller har klagen vist seg å være berettiget, og den private part har oppnådd å få brakt det vedtaket han var misfornøyd med ut av verden. Etter bestemmelsens ordlyd burde dette være tilstrekkelig til å kunne kreve dekning av de kostnadene som er pådratt i forbindelse med klagen.

Dessuten tilsier tungtveiende reelle hensyn at saksomkostninger bør tilkjennes i slike tilfeller. Sammenhengen med de alminnelige erstatningsreglene taler også for en slik løsning. Disse hensynene er for øvrig delvis overlappende, ettersom de alminnelige erstatningsreglene i stor grad er begrunnet i rimelighets- og rettfærdighetsbetraktninger.

#### 2. Reelle hensyn

Det sentrale hensynet som taler for kostnadsdekning i gruppe 3-tilfellene, er at den private part ikke bør påføres kostnader som følge av at forvaltningen har gjort en feil. Dette synspunktet ble utdypet nærmere i brev herfra 13. juli 2006 til Justisdepartementet. I brevet het det blant annet:

«Etter ombudsmannens oppfatning har enhver borger krav på å få sin sak forsvarlig behandlet av forvaltningen i henhold til gjeldende saksbehandlingsregler. Dette gjelder uavhengig av hvilket utfall saken får med hensyn til realiteten. Dersom det er nødvendig for borgeren å pådra seg utgifter for å oppnå en slik behandling, vil det normalt fremstå som rimelig at han slipper å dekke disse selv. Synspunktet er altså at det ikke skal koste noe å få sin sak forsvarlig behandlet.»

Departementets svar kunne tyde på at synspunktet herfra delvis var blitt misforstått. I svarbrevet ble det gitt uttrykk for at departementet ikke kunne slutte seg til en generell påstand om at det ikke skal koste noe å få sin sak forsvarlig behandlet, eller at det normalt vil fremstå som rimelig at den enkelte slipper å dekke kostnader med å oppnå en forsvarlig saksbehandling. Departementet viste i denne forbindelse til at den private part i atskillig utstrekning må bidra til sakens opplysning og at dette kan innebære kostnader og innsats for øvrig.

Jeg er naturligvis enig med departementet i at den private part må akseptere at det kan knytte seg

kostnader eller annen innsats fra hans side til behandlingen av saken. Det kan legges relativt omfattende byrder på den private i form av f.eks. krav til søknader, konsekvensutredninger, saksbehandlingsgebyrer o.l., uten at dette må anses som urimelig. I disse tilfellene følger imidlertid byrdene av regelverket og er ikke en konsekvens av mangelfull saksbehandling fra forvaltningens side.

Poenget herfra var at det ikke skal være nødvendig for parten å pådra seg kostnader for å sikre at saken behandles i samsvar med regelverket. Dette synes departementet å være enig i. I svarbrevet hit het det: «En part skal først og fremst slippe å dekke kostnader som er en følge av at saksbehandlingen ikke har skjedd i samsvar med saksbehandlingsreglene i lov og forskrift eller ikke oppfyller det grunnleggende kravet om forsvarlig saksbehandling». Departementet ga videre uttrykk for at spørsmålet om dekning av tap som følge av ulovlig eller uforsvarlig saksbehandling som utgangspunkt må avgjøres etter alminnelige regler om det offentliges erstatningsansvar. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor, der det redegjøres nærmere for sammenhengen med de alminnelige erstatningsreglene.

Departementet påpekte at forvaltningsloven § 36 innebærer visse materielle og prosessuelle fordeler for den private sammenlignet med de alminnelige erstatningsreglene, men at bestemmelsens rekkevidde er begrenset på viktige punkter. Som eksempel ble det vist til at forvaltningsloven § 36 ikke gir krav på kostnadsdekning i tilfeller der feil som er begått av førsteinstansen rettes opp innen det treffes realitetsvedtak i klageinstansen og dette vedtaket ikke endrer realiteten i den private parts favør. Departementet uttalte videre:

«Utenfor saker om enkeltvedtak er det for øvrig ikke noen mulighet til å forankre krav om dekning av kostnader for saksbehandlingsfeil i forvaltningsloven § 36 første ledd. Isolert sett er en ren opphevelse av et avslag på en søknad om en tillatelse en prosessledende beslutning, og ikke et enkeltvedtak. Det alminnelige utgangspunkt er at lovgivningen om forvaltningsprosessen ikke gir noe rettskrav på saksomkostninger om en gis medhold i prosessledende beslutninger. Klageinstansen kan som utgangspunkt velge om den skal treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd. Å la dette valget få betydning for saksomkostningsspørsmålet der det endelige utfallet likevel blir avslag, kan synes noe ubegrunnet.»

Til dette vil jeg først bemerke at det ikke er avgjørende om opphevelsen regnes som et enkeltvedtak eller en prosessledende beslutning. Når forvaltningsloven § 36 bruker uttrykket «vedtak», siktes det til den avgjørelsen som endres. I gruppe 3-saker vil dette typisk være førsteinstansens avslag på en søknad. Et slikt avslag er et enkeltvedtak og dette blir endret ved opphevelsen. Det har således ikke be-

tydning for dekningsadgangen om opphevelsen i seg selv anses som et enkeltvedtak eller ikke.

Jeg er ikke enig i at det virker ubegrunnet å la det få betydning for saksomkostningsspørsmålet hvorvidt klageinstansen treffer realitetsvedtak eller opphever vedtaket og sender saken tilbake til underinstansen. Rent formelt følger en slik forskjell av ordlyden i forvaltningsloven § 36, ettersom det ikke skjer noen endring av vedtaket i de tilfellene der klageinstansen retter opp eventuelle feil fra førsteinstansens behandling og treffer realitetsvedtak med negativt resultat for den private part, typisk at førsteinstansens avslag stadfestes.

Det er også reelt sett forskjeller mellom disse to hendelsesforløpene som, ut fra betraktninger om årsakssammenheng, kan begrunne ulik behandling av spørsmålet om dekning av saksomkostninger. I de tilfellene der klageinstansen opphever vedtaket, må saken gjennom en ny behandling i førsteinstansen. Dersom den fornyede behandlingen resulterer i at det vedtas et nytt avslag, men denne gangen uten saksbehandlingsfeil, vil parten både materielt og prosessuelt stå i samme posisjon som han ville ha gjort dersom det ikke var begått en saksbehandlingsfeil i utgangspunktet. Det har imidlertid pådratt ham kostnader å komme dit - kostnader som ville vært unngått dersom forvaltningen ikke hadde begått feil. Det nye vedtaket vil igjen kunne påklages med sikte på å få endret realiteten. Parten har i så fall måttet gjennom to klagerunder for å få realiteten i saken endelig avgjort av klageinstansen. Hadde det ikke blitt begått saksbehandlingsfeil i førsteinstansen, ville det bare vært nødvendig med én runde. Behovet for å gå to runder er således en følge av at forvaltningen har gjort en feil. Dersom annen gangs behandling i klageinstansen resulterer i et endelig avslag, vil parten ikke ha krav på å få dekket kostnader i forbindelse med denne behandlingen. Førsteinstansens nye vedtak er ikke endret, og det foreligger heller ikke årsakssammenheng mellom den opprinnelige saksbehandlingsfeilen og de pådratte kostnadene. Tilsvarende betraktninger må kunne legges til grunn når klageinstansen retter opp førsteinstansens saksbehandlingsfeil og treffer endelig realitetsavgjørelse i den første klagerunden. Feilen har i et slikt tilfelle ikke medført at den private part måtte gjennom en ekstra klagerunde, og kostnadene i forbindelse med klagen vil normalt ikke ha tilstrekkelig årsakssammenheng med feilen.

Det sentrale poenget er at de ekstrakostnadene parten påføres ved å måtte gjennom den første klagerunden der vedtaket oppheves, skyldes en feil begått av forvaltningen. Det fremstår som lite rimelig å la utfallet av klagerunde nummer to, der realiteten i saken avgjøres, være bestemmende for dekningen av slike kostnader. Det følger direkte av loven at dekningen av kostnader knyttet til den andre klagerunden er avhengig av utfallet av denne. Derimot fremstår det som noe tilfeldig at en vellykket klage i annen runde som en bivirkning medfører rett til dek-

ning av de kostnadene som er forårsaket av feil forvaltningen gjorde ved første gangs behandling av saken, mens slike utgifter må bæres av parten selv dersom han ikke får medhold i runde nummer to.

En slik ordning kan skape inntrykk av at den private parts rett til å få sin sak forsvarlig behandlet i samsvar med saksbehandlingsreglene er avhengig av at han materielt sett har krav på det han søker om. Det bør være et grunnleggende prinsipp at enhver har krav på at saken behandles forsvarlig i overensstemmelse med regelverket, uavhengig av utfallet med hensyn til realiteten. Jeg kan derfor, som tidligere nevnt, ikke gi min tilslutning til uttalelsen i departementets brev 2. september 2003:

«Saksbehandlingsfeil knyttet til det første avslaget kan da ha tatt parten med på en lengre og mer kostbar rundtur i forvaltningssystemet enn det som ville vært ideelt, men noen materiell overlast har vedkommende ikke lidt, og formelt må det kunne legges til grunn at det godet han søkte om, det skulle han ikke ha. Det er etter vårt syn ikke urimelig at risikoen for udekte utgifter legges på parten selv.»

Når det gjelder kostnader knyttet til klagerunde nummer to hvor realiteten i saken avgjøres, er det rimelig å la parten selv bære disse ved mislykket klage. Dette følger også, som nevnt, direkte av lovens ordlyd. At parten ikke har krav på det omsøkte godet, er imidlertid etter mitt syn ikke en god begrunnelse for også å pålegge ham risikoen for kostnader forårsaket av saksbehandlingsfeil i forvaltningen. En slik begrunnelse står i fare for å bli tatt til inntekt for oppfatninger om at en part som ikke har krav på det omsøkte godet, heller ikke har krav på en forsvarlig og lovmessig saksbehandling.

### 3. *Sammenhengen med de alminnelige erstatningsreglene*

Etter min mening bør forvaltningen selv bære risikoen for følgene av de feilene den begår i forbindelse med saksbehandlingen. I brevet herfra 13. juli 2006 til departementet het det:

«I tilfeller der vedtaket oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, og dette har påført den private part utgifter, vil det dessuten normalt være rimelig at utgiftene bæres av den som har begått feilen - altså forvaltningen. Et slikt synspunkt har en viss støtte i alminnelige culpabetraktninger.»

Departementet synes å være enig i dette som et generelt utgangspunkt. I svarbrevet hit bemerket departementet:

«Vi er, som en rettspolitisk betraktning, enig i at det forhold at et vedtak oppheves på grunn av at et forvaltningsorgan har begått en saksbehandlingsfeil, taler for at den private parten skal slippe å bære de særlige kostnadene som oppstår som følge av at feilen er begått. Opphevingen vil normalt (men ikke alltid) ha bakgrunn i at det er

gjort en eller flere feil fra forvaltningens side, og at feilen er av et visst alvor. Når vedtaket oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, skjer dette således normalt fordi det er grunn til å tro at feilen eller feilene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, sml. forvaltningsloven § 41.»

På bakgrunn av uttalelsene i svarbrevet for øvrig, oppfatter jeg det slik at departementet mener at spørsmålet om dekning av kostnader som følge av saksbehandlingsfeil må løses med utgangspunkt i alminnelige erstatningsregler.

Jeg er enig i at de alminnelige erstatningsreglene danner et naturlig utgangspunkt for vurderingen av spørsmålet. Som jeg antydte ovenfor, har de alminnelige erstatningsreglene betydning for forståelsen av forvaltningsloven § 36. De hensynene som begrunner erstatningsreglene, særlig på culpaansvarets område, vil i stor grad være relevante ved tolkningen av forvaltningsloven § 36. Ettersom forvaltningsloven § 36 er ment å styrke den private parts rettsstilling, vil det dessuten gi best sammenheng i regelverket om bestemmelsen tolkes slik at den innenfor sitt område (dvs. dekning av kostnader ved å få endret et vedtak) rekker minst like langt som de alminnelige erstatningsreglene.

Etter de alminnelige erstatningsreglene er utgangspunktet at saksbehandlingsfeil medfører erstatningsansvar for forvaltningen. Saksbehandlingsreglene stiller krav til forvaltningens virksomhet. Brudd på reglene er objektivt sett rettsstridig og medfører ansvar etter culpapregelen, med mindre det kan påvises relevante unnskyldningsgrunner. Dette vil sjelden være tilfellet når det begås saksbehandlingsfeil. Det kan i denne forbindelse vises til Graver, Alminnelig forvaltningsrett (2. utg. 2002), side 517 der det uttales: «Brudd på lovbestemmelser om saksbehandlingen og etablerte krav til vurderingen vil ikke kunne unnskyldes med subjektive forhold, fordi bruddene i seg selv normalt vil representere avvik fra de objektiviserte krav som ligger i den alminnelige culpavurdering». Tilsvarende synspunkter kommer til uttrykk blant annet hos Hagstrøm, Offentligrettslig erstatningsansvar (1987), side 43 flg., Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006) side 468 flg. og Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett (2000), side 632.

I teorien hersker det en viss uenighet om hvorvidt det dreier seg om et objektivt ansvar eller et strengt culpaansvar. Det er imidlertid vanskelig å se at dette i praksis har noen betydning for spørsmålet om ansvar for saksbehandlingsfeil. Ettersom det er vanskelig å forestille seg at det kan foreligge relevante unnskyldningsgrunner for slike feil, vil ansvarsgrunnlaget i praksis være på det rene når feilen er konstatert.

Erstatningsansvaret er ikke betinget av at vedtaket er ugyldig, selv om dette vil være det normale i opphevelsestilfellene. Som departementet har påpekt, vil opphevelsen normalt ha bakgrunn i at det er gjort feil av et visst alvor og at det er grunn til å tro

at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold. I forhold til spørsmålet om ansvarsgrunnlag, er imidlertid det sentrale at forvaltningsorganet har handlet i strid med de kravene som stilles til virksomheten. Hvorvidt vedtaket er ugyldig, kan imidlertid ha betydning for spørsmålet om årsakssammenheng. Dersom vedtaket ikke oppheves, vil det, som redegjort for ovenfor, normalt ikke foreligge tilstrekkelig årsakssammenheng mellom feilen og den private parts kostnader. I praksis vil dermed forvaltningen normalt ikke bli erstatningspliktig med mindre det dreier seg om feil av et visst alvor.

Det kan ikke stilles opp noen generell betingelse om at feilen må antas å ha hatt betydning for vedtakets innhold. I Rt. 1995 side 781 ble det riktignok uttalt at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at resultatet av en søknadsbehandling med riktig lovforståelse og saksbehandling ville blitt at den private part hadde fått bevilling, og at det dermed ikke var grunnlag for erstatningskrav. Det fremgår imidlertid tydelig at uttalelsen gjaldt kravet om årsakssammenheng, ikke ansvarsgrunnlaget. Den private part hadde i denne saken krevd erstatning for driftsavbrudd som følge av manglende bevilling. Det tapet han krevde erstattet forutsatte altså at søknaden ville blitt innvilget dersom den hadde blitt behandlet korrekt. På denne bakgrunn uttalte retten videre: «Jeg kan ikke se at forholdene i denne sak, gir grunnlag for å fravike kravet om at det må foreligge en rimelig sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng» (dommen side 792).

Det typiske for gruppe 3-tilfellene er derimot at den private parts utgifter nettopp ikke har noen sammenheng med sakens utfall med hensyn til realiteten. Kostnadene er en følge av at det ble gjort en feil av en slik karakter at saken måtte behandles på ny i førsteinstansen, ikke en følge av at søknaden ble avslått. Dermed foreligger det årsakssammenheng mellom feilen og kostnadene. Det sentrale i gruppe 3-tilfellene er altså ikke om feilen må antas å ha virket bestemmende på vedtakets innhold eller om vedtaket er ugyldig, men at feilen har ført til at vedtaket ble opphevet.

Når et vedtak oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, vil således både ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng normalt være på det rene og dermed også erstatningsplikten.

En mulig innvending mot erstatningsplikt i gruppe 3-tilfellene kan være at utgiftene er unødvendige når saken til slutt ender med endelig avslag for søkeren. Dette vil i så fall være en feilslutning. Utgiftene har vært bortkastet i den forstand at søkeren ikke oppnådde det han søkte om. Det avgjørende er imidlertid at de har vært nødvendige for at han skulle få sin sak behandlet i samsvar med regelverket.

#### 4. Oppsummering og konklusjon

Gruppe 3-tilfellene faller, som redegjort for i punkt 1 ovenfor, inn under en naturlig forståelse av ordlyden

i forvaltningsloven § 36. Det er således en innskrenkende fortolkning der det ikke innrømmes dekningsadgang i slike tilfeller som fordrer begrunnelse.

Som redegjort for under punkt 2 ovenfor, taler tungtveiende rimelighetshensyn for å innrømme kostnadsdekning i slike tilfeller. Før lovendringen i 1995 ga forvaltningsloven § 36 annet ledd adgang til å tilkjenne saksomkostninger i tilfeller der dette var rimelig. Denne adgangen var en del av departementets begrunnelse for ikke å foreslå bestemmelsen endret til uttrykkelig å omfatte gruppe 3-tilfellene (Ot.prp. nr. 75 (1993-94) side 52-53). Annet ledd ble imidlertid fjernet under komitébehandlingen, uten nærmere begrunnelse. På denne bakgrunn har departementet i brevene hit 2. september 2003 og 13. desember 2006 antydnet at bestemmelsen bør kunne tolkes slik at den fortsatt gir en slik adgang. Etter min mening vil det normalt fremstå som urimelig om den private part ikke får dekket kostnader som er forårsaket av forvaltningens saksbehandlingsfeil. I tilfeller der opphevelsen skjer på grunn av en saksbehandlingsfeil, vil jeg derfor anta at kostnadsdekning etter forvaltningsloven § 36 normalt vil gi et resultat som ikke avviker vesentlig fra det som må følge av den tolkningen som departementet har antydnet.

Videre mener jeg at bestemmelsen må forstås på bakgrunn av de alminnelige erstatningsreglene. Som det fremgår av punkt 3 ovenfor, er det vanskelig å forestille seg tilfeller der forvaltningen ikke er erstatningsansvarlig for den private parts saksomkostnader når et vedtak oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil. Etter min mening er det da naturlig å gi den private part rett til å få dekket slike kostnader etter forvaltningsloven § 36.

Ettersom forvaltningsloven § 36 er ment å styrke den private parts rettstilling, gir det best sammenheng i regelverket om bestemmelsen tolkes slik at den gir rett til dekning av saksomkostninger som kan kreves erstattet etter de alminnelige erstatningsreglene. Så lenge det dreier seg om kostnader som forvaltningen uansett er materielt ansvarlig for, er det vanskelig å se tungtveiende grunner mot å innrømme en slik rett.

På bakgrunn av departementets brev hit 13. desember 2006 synes en slik løsning å gi et resultat som er i samsvar med departementets syn på hvem som bør bære kostnadene i slike tilfeller:

«Vi er, som en rettspolitisk betraktning, enig i at det forhold at et vedtak oppheves på grunn av at et forvaltningsorgan har begått en saksbehandlingsfeil, taler for at den private parten skal slippe å bære de særlige kostnadene som oppstår som følge av at feilen er begått.»

Løsningen vil som nevnt også være bedre i samsvar med lovens ordlyd enn hva forvaltningens praksis har vært. Det dreier seg således ikke om en utvidelse av bestemmelsens virkeområde, men om at det etter mitt syn ikke finnes tilstrekkelige grunner for

den innskrenkende fortolkning som har vært lagt til grunn i praksis.

På denne bakgrunn har jeg kommet til at de beste grunner taler for at den private part får sine saksomkostninger dekket etter forvaltningsloven § 36 når et vedtak oppheves som følge av saksbehandlingsfeil.

Jeg presiserer at denne saken ikke har gitt foranledning til å uttale meg om tilfeller der et vedtak oppheves av andre grunner enn saksbehandlingsfeil.

Fylkesmannen bes vurdere sitt vedtak på ny i lys av det som har fremkommet her. Jeg ber om å bli holdt orientert om den fornyede vurderingen.»

## Bygge- og reguleringssaker

### 78.

#### **Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune – saksbehandlingstid, siloordning (køsystem for fordeling til saksbehandler), svar på henvendelser og informasjon om reell saksbehandlingstid**

(Sak 2006/1418)

*Ombudsmannen tok av eget tiltak og på generelt grunnlag opp visse forhold ved saksbehandlingen hos Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune. Han konstaterte at etaten jevnlig bryter fristene for saksbehandling og plikten til å informere om forventet saksbehandlingstid. Siloordningen (køsystem for fordeling til saksbehandler) som etaten praktiserer, fremstår også som tvilsum i forhold til reglene om god forvaltningsskikk. Ombudsmannen ba videre om at kommunen sørger for at dens rutiner med hensyn til tilgjengelighet og svar på henvendelser følges i praksis.*

Jeg har ved flere anledninger henvendt meg til Byrådsavdelingen for byutvikling med spørsmål om saksbehandlingen ved Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune. Tidligere har jeg funnet å kunne la sakene bero med redegjørelsene kommunen har gitt, men har fortsatt å motta klager på saksbehandlingen ved etaten. Klagene gjelder blant annet lang saksbehandlingstid, at saken ikke blir tildelt saksbehandler, problemer med å komme i kontakt med personer i etaten og manglende svar på henvendelser, samt manglende/feil informasjon om reell saksbehandlingstid. I denne forbindelse har ombudsmannens kontor vært i telefonisk kontakt med blant andre enhetsleder for Bolig tett by og avdelingsleder for Byggeprosjekter.

På bakgrunn av klagen hit, samt nevnte telefonsamtaler, ble det funnet grunn til å stille byrådsavdelingen noen spørsmål rundt saksbehandlingen ved plan- og bygningsetaten. Dette ble gjort i brev herfra 18. august 2006. Byrådsavdelingen besvarte spørsmålene 28. september 2006, med henvisning til ved-

lagt redegjørelse fra plan- og bygningsetaten. På denne bakgrunn ble det funnet nødvendig å stille visse oppfølgingsspørsmål i brev herfra 12. oktober 2006. Brevet ble besvart av byrådsavdelingen 6. november 2006, jf. redegjørelse fra plan- og bygningsetaten. Svaret ga grunn til visse bemerkninger herfra i brev til byrådsavdelingen 16. november 2006. Kommunen har ikke kommet tilbake til saken etter dette.

Sakens spørsmål er relatert til fire hovedtemaer; 1) saksbehandlingstid og restanser, 2) siloordning - køsystem for fordeling til saksbehandler, 3) svar på henvendelser og 4) informasjon om reell saksbehandlingstid. I ombudsmannens uttalelse er spørsmålene herfra og kommunens svar på disse gjennomgått i tilknytning til ombudsmannen syn på hvert av disse hovedtemaene.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Saksbehandlingstid og restanser

##### *Ombudsmannens spørsmål og kommunens svar*

I brev herfra 18. august 2006 ble kommunen bedt om å oversende statistikk (siste halvår 2005 og første halvår 2006) for samlet gjennomsnittlig saksbehandlingstid, samt restanser, for sakstypene opplistet i forskrift om saksbehandling i byggesaker 24. juni 2003 nr. 749 (SAK) § 23 nr. 1 bokstav a-k. Det ble også bedt om statistikk for saker som krever dispensasjon.

Byrådsavdelingen ble videre blant annet spurt om prognosene for utvikling av sakstilfanget i årene fremover, samt om det foreligger planer som tar sikte på å redusere saksbehandlingstiden i plan- og bygningsetaten både på kort og lang sikt. Den ble også spurt om hvordan etaten lå an i forhold til opplyst målsetting om innen januar 2007 å redusere etatens byggesaksrestanser slik at fristene i SAK overholdes, jf. kommunens brev hit 25. januar 2006 (gjengitt nedenfor, ombudsmannssak 2005/2010).

Oslo kommune svarte 28. september 2006 blant annet:

«Innføring av tidsfrister i saksbehandlingen ble fra lovgivers side gjort for å skape mer forutsigbarhet for byggebransjen knyttet til behandling av byggesaker og til fremdrift i og gjennomføring av byggetiltak. Pålegging av ensidige tidsfrister for kommunens saksbehandling etter plan- og bygningsloven ble etterfulgt av økonomiske sanksjonsbestemmelser.

Denne typen objektive lovbestemmelser hensyntar ikke økonomiske høykonjunkturer med høy utbyggingstakt og sterk vekst. Oslo som landets hovedstad og episentrum for den sterke næringsutviklingen regionalt og nasjonalt, blir i slike perioder ressursmessig sterkt presset i sin myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven.

*Plan- og bygningsetatens strategier knyttet til reduksjon av saksbehandlingstid og for å beholde saksbehandlere*

... Etaten arbeider kontinuerlig med disse utford-



ringene og har dessuten trappet arbeidet med å heve saksbehandlerkompetansen betydelig opp. Dette arbeidet vil fortsette. Likevel er utfordringen med å beholde medarbeidere og produksjonen stabil meget stor, fordi kraften i eksterne drivkrefter de siste par årene har vært større enn de ressurser etaten rår over for å få dem under kontroll. Vi nevner de viktigste årsakene som tør være godt kjent: De lovpålagte tidsfristene, kombinert med rekordhøy saksinnang i fjor og fortsatt høyt nivå i år, og det at etaten har mistet et betydelig antall saksbehandlere og teknisk kompetanse til langt bedre lønnete stillinger i privat næringsliv, som sterkt etterspør kyndige innenfor vårt fagområde. Nyrekruttering er vanskelig i det opphetede byggemarkedet og etaten rekrutterer i stor grad uerfarne som må læres opp.

- Etaten har derfor måttet satse på å en samlet effekt av en rekke tiltak for å sikre en forsvarlig saksbehandling. Dette er:
- Etaten har rekruttert i 15 nye stillingshjemler for byggesaksbehandlere, hvorav 6 har tiltrådt.
- Etaten benytter situasjonsbestemt lønnstilbud som tiltak for å beholde enkeltmedarbeidere og vil ved høstens lokale forhandlinger søke å gjennomføre et oppgjør som i størst mulig grad sikrer at man beholder erfarne medarbeidere.
- Plan- og bygningsetaten har engasjert konsulentbistand for å forberede behandlingen av saker. Denne ordningen er under revurdering for å sikre at det ikke oppstår tvil om dobbelttroller.
- Etaten arbeider løpende med å kanalisere eventuell ledig kapasitet i andre deler av organisasjonen inn mot å kunne bistå i forberedelsen og behandlingen av byggesaker.
- Omlegging til e-arkiv og e-saksbehandling for økt effektivitet og skape enda bedre kontroll og kvalitet i saksbehandlingsprosessen. Prosjektet fullføres i 2007, det er etablert et e-pilotteam og satses på bred saksbehandlingsopplæring, som i seg selv krever ressurser. Etaten engasjerer seg også i Byggsøk for å stimulere brukernes overgang til digital saksinnsending.

Etaten arbeider i tillegg med en rekke kompetanse- og kvalitetshevede tiltak rettet mot saksbehandlerne:

- Gjennomføring av et 3-årig fagprogram for å løfte saksbehandlerens kompetanse i å utøve godt og etterprøvbart faglig skjønn og i effektiv saksanalyse. Programmet er nødvendig fordi etaten i dagens arbeidsmarked rekrutterer mange medarbeidere uten erfaring. Husbanken er medfinansierer av programmet, som har innleid eksterne fagledere.
- Etablering av tilbud om alternativ karrierestige for bedre å kunne beholde dyktige medarbeidere som vil satse på fagstillinger og ikke en lederkarriere. Programmet er under konkretisering og tiltakene vil omfatte kompetanse- og lønnsutvikling.

Effekten av strategiene vil måtte hentes ut over tid. Nødvendige tiltak på lønnsiden synes vanskelige siden gapet er betydelig til hva eksterne aktører kan tilby. Det er vanskelig å tenke seg at etaten kan bli lønnsledende for de etterspurte faggruppene.

Når man ansetter et betydelig antall unge i starten av yrkeslivet er det dessuten en naturlig konsekvens at mange vil søke annen erfaring etter noen år. Vi vurderer tiltak for å øke varigheten av ansettelsesforholdet hos oss.»

Om prognoser for sakstilfang i årene fremover uttalte kommunen:

«Store prosjekter hvor flere store reguleringsplaner er behandlet i 2005 og 2006 antas å ville gi fortsatt høy aktivitet i byggesaksbehandlingen i 2007 og trolig også fremover. Dette gjelder store og viktige byutviklings- og fornyelsesområder som bl.a. Bjørvika, Kværnerbyen, Tjuvholmen, Løren, Ensjø m.fl. De offentlig tilgjengelige prognoser antar at byggeaktiviteten i regionen fortsatt vil ligge på et høyt nivå kommende år. Hovedtyngden, mer enn 70 %, av byggesakene forventes som før å være boligrelatert.»

I forhold til saksbehandlingstid og restanser skrev kommunen:

«Gjennomsnittlig saksbehandlingstid har økt fra 2005 til 2006. I toppåret 2005 bygget restansene seg betydelig opp. I 2006 har saksinngangen vært lavere men likevel betydelig over et normalår. På grunn av lang liggetid og fortsatt økning i restansene, går gjennomsnittlig saksbehandlingstid opp fra 2005 til 2006. I tillegg har etaten hatt en stor turn-over i første halvår av 2006 som selv sagt bidrar til den kraftige økningen i gjennomsnittlig saksbehandlingstid, til tross for lavere saksinnang enn i 2005.

... sakene med liggetid fra 2005 slår ut i høyere gjennomsnittlig behandlingstid i første halvår av 2006. Den generelle trenden for alle sakstypene er at saksbehandlingstid og restanser vil fortsette å øke i andre halvår av 2006.

#### *Byggesak over disk*

Plan- og bygningsetaten etablerte høsten 2002 tjenesten *Byggesak over disk* som et tilbud til sine kunder. Ordningen baserer seg på at søker har med seg all relevant dokumentasjon til etaten og at man på forhånd har avtalt time for behandling av melding eller søknad. Forutsatt at utfyllingen er korrekt og all nødvendig dokumentasjon er innhentet/fremskaffet, vil etaten behandle saken mens kunden venter - og innen en time. Ordningen har blitt svært populær og er en av de tjenestene Plan- og bygningsetaten har serviceerklært. I 2005 ble 933 saker behandlet som *Byggesak over disk*.

---

#### *Oppsummering:*

- 1/4-del av etatens byggesaker behandles over disk mens kunden venter (innen en time).
- Saksbehandlingstider og restanser er økende for alle byggesaker unntatt klagesaker
- Saksinngangen er lavere enn i 2005 men fortsatt høyere enn i et normalår
- Den totale vedtaks- produksjonen i Plan- og bygningsetaten har aldri vært høyere. Til tross for dette øker restansene som følge av fortsatt høy saksinnang
- Plan- og bygningsetaten har de siste månedene miste 15 av sine erfarne og produktive saksbehandlere knyttet til byggesak

- Reansettelser gjennomføres, men det vil ta lang tid før disse har fått en erfaring som kan kompensere for den erfarne produksjonskapasitet etaten har mistet
- Med bakgrunn i de rammevilkår og den grunnbemanning Plan- og bygningsetaten for tiden har og at saksinngangen fortsatt er høy, forventes at vi i tiden fremover vil måtte håndtere restanseporteføljer og ha for lange saksbehandlingstider»

Kommunen ga videre en grundig oversikt over, og redegjørelse for, det statistiske materialet ombudsmannen hadde bedt om knyttet til saksbehandlingstid og restanser for de enkelte sakstypene. Hovedinnholdet gjengis under gjennomgangen nedenfor.

Ettersom byrådsavdelingen hadde oversendt redegjørelsen fra plan- og bygningsetaten uten nærmere merknader, ble den i brev herfra 12. oktober 2006 spurt om den hadde kommentarer, for eksempel til ressursituasjonen og etatens redegjørelse for «strategier knyttet til reduksjon av saksbehandlingstid og for å beholde saksbehandlere».

Byrådsavdelingen svarte 6. november 2006:

«[Vi] kan ... opplyse at det snart vil bli igangsatt en vurdering av etatens rutiner og organisering. I dette arbeidet vil det bl.a. bli brukt eksternt ekspertise.

Dessuten vil vi få opplyse at i Oslo kommunes nettopp avsluttede sentrale justeringsoppgjør, ble grupper i Plan- og bygningsetaten i betydelig grad tilgodesett. Vi legger til grunn at dette vil ha en positiv effekt når det gjelder å rekruttere og beholde kvalifisert personell. Vi vil også nevne at Plan- og bygningsetaten har under vurdering en mer aktiv rekrutteringspolitikk, hvor man også benytter eksternt rekrutteringskompetanse.

Ved årsskiftet 2004/05 var Plan- og bygningsetaten i en vesentlig bedre situasjon ift. saksbehandling og restanser. De restanser og saksbehandlingstider man nå ser, har kommet relativt raskt. Saksinngangen til etaten rapporteres nå for øvrig å være svakt nedadgående.

Vi har tro på at tiltakene som er igangsatt og planlegges satt i verk vil ha en positiv effekt, og vil for øvrig følge etaten nøye.»

#### *Gjennomgang av gjennomsnittlig saksbehandlingstid og restanser for sakstypene*

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (fv1.) § 11a bestemmer at «[f]orvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold». For byggesaker er det gitt nærmere tidsfrister for kommunens saksbehandling i SAK § 23 nr. 1. Jeg vil i det følgende gjennomgå og kommentere Oslo kommunes gjennomsnittlige saksbehandlingstid i forhold til fristene.

#### *a. Forhåndskonferanse etter plbl. § 93a*

Forhåndskonferanse skal avholdes av kommunen innen to uker etter at anmodning er mottatt. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble angitt å være 7,7 uker

for andre halvår 2005, 7 uker for første halvår 2006. Kommunen opplyste imidlertid at dette er målt uten fratrekk for den tiden tiltakshaver/ansvarlig søker bruker på å sende inn manglende dokumentasjon. Dette gjør forholdet noe vanskelig å vurdere ettersom SAK § 24 fjerde ledd bestemmer at nødvendig tidsbruk for feilretting eller supplerings av opplysninger kommer i tillegg til fristen. Fordi forskjellen mellom pålagt og angitt saksbehandlingstid er så mye som fem uker, antar jeg likevel det kan legges til grunn at kommunen for de perioder undersøkelsen gjelder, ikke overholdt fristen.

#### *b og c. Meldinger etter plbl. §§ 81 og 86a og plbl §§ 85 og 86b*

Meldinger etter disse bestemmelsene skal behandles av kommunen innen tre uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble opplyst å være 4,4 uker for andre halvår 2005, og 5,1 uker for første halvår 2006. Også for meldingssaker må det dermed legges til grunn at Oslo kommune brøt de pålagte saksbehandlingsfristene.

Restansene for meldinger ble angitt å være økende (fra 93 saker pr. 31. desember 2005 til 153 saker pr. 30. juni 2006).

#### *d. Søknader etter plbl. § 93*

Søknader etter pbl. § 93 skal behandles av kommunen innen tolv uker. Hvor søknaden er oppdelt gjelder denne fristen kun for rammetillatelsen. Fristen gjelder kun for søknader som er i samsvar med gjeldende arealplaner.

Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for «etttrinns-søknader» ble oppgitt til å ligge innenfor fristen, bortsett fra søknadene med dispensasjon fra plan. Saksbehandlingstiden ble imidlertid angitt som økende både for saker med og uten dispensasjon.

Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for «to-trinns-søknader» ble oppgitt til 12,7 uker for andre halvår 2005, og 15,9 uker for første halvår 2006. For saker uten dispensasjon var gjennomsnittet 10,1 uker for andre halvår 2005, og 12,5 uker for første halvår 2006. Saker med dispensasjon hadde henholdsvis 15,7 og 21,4 uker. Tallene viser dermed at kommunens gjennomsnitt for første halvår 2006 her lå rett over den fastsatte fristen. Kommunen opplyste videre at det i saksporteføljen finnes mange «to-trinns-saker» som vil kunne medføre en saksbehandlingstid på mer enn 20 uker i ukene fremover.

Restansene ble angitt som økende både for «etttrinns-søknader» (fra 302 saker pr. 31. desember 2005 til 366 saker pr. 30. juni 2006) og «to-trinns-søknader» (fra 694 til 839 saker).

*e. Søknader om igangsettingstillatelse etter plbl. § 95a nr. 2*

Søknad om igangsettingstillatelse skal behandles av kommunen innen tre uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble opplyst å være 4,3 uker for andre halvår 2005, og 5,1 uker for første halvår 2006. Fordi kommunen heller ikke her har trukket fra den tiden tiltakshaver/ansvarlig søker bruker på å sende inn manglende dokumentasjon, jf. ovenfor, er forholdet noe vanskelig å vurdere i forhold til SAK. Ettersom forskjellen mellom pålagt og angitt saksbehandlingstid her «bare» er to uker, finner jeg det derfor vanskelig å trekke noen konklusjon her.

*f. Enkle tiltak etter plbl. § 95b*

Enkle tiltak etter plbl. § 95b skal behandles av kommunen innen tre uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble oppgitt til å være 4,6 uker for andre halvår 2005, og 5,6 uker for første halvår 2006. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for enkle tiltak lå dermed over den pålagte tidsfristen.

Restansene ble opplyst å være økende (fra 141 saker pr 31. desember 2005 til 261 saker pr 30. juni 2006).

*g. Uttalelser fra andre myndigheter*

Andre myndigheter skal avgi uttalelse eller ekspedere vedtak innen fire uker. Kommunen opplyste her at «[d]et foreligger ingen rapportering» men at «[f]risten for uttalelser er satt til 4 uker etter inngåtte samarbeidsavtaler».

*h. Anmodning om midlertidig brukstillatelse etter plbl. § 99 nr. 2 og 3*

Anmodning om midlertidig brukstillatelse skal behandles av kommunen innen én uke. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble opplyst å være 2,2 uker for andre halvår 2005, og 3,2 uker for første halvår 2006. Fordi kommunen har gitt samme forklaring på statistikken som for forhåndskonferanser, jf. ovenfor, oppstår de samme problemene i forhold til vurdering av tallene også her. For første halvår 2006 er den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden angitt over tre ganger så lang som, men «bare» drøye to uker mer enn, den fastsatte fristen. Selv om det dermed er grunn til å tro at fristen oversittes, avstår jeg også her fra å konkludere grunnet den usikkerheten som foreligger rundt tallene.

*i. Krav om ferdigattest etter plbl. § 99 nr. 1 tredje ledd*

Krav om ferdigattest skal behandles av kommunen innen to uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble opplyst å være 11 uker for andre halvår 2005, og 12,9 uker for første halvår 2006. Kommunen ga for

øvrig samme forklaring som for forhåndskonferanser, jf. ovenfor, men ettersom forskjellen mellom pålagt og angitt saksbehandlingstid her er på nesten elleve uker, finner jeg det riktig å legge til grunn at kommunen her har brutt fristen.

*j. Klagesaker*

Klagesaker skal forberedes av kommunen og oversendes til klageinstansen innen seks uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for saker uten dispensasjon fra plan (fylkesmannen) ble oppgitt til å være 10,6 uker for andre halvår 2005, 18 uker for første halvår 2006. Saker med slik dispensasjon (Byutviklingskomiteen/bydelene) hadde henholdsvis 9,7 og 15,6 uker. Restansene ble angitt som svakt nedgående (fra 62 saker pr 31. desember 2005 til 58 saker pr 30. juni 2006), mens saksbehandlingstiden er angitt som økende. Saksbehandlingstiden lå i de aktuelle tidsrom uansett over de pålagte fristene.

*k. Klagesaker der det er gitt utsatt iverksetting, jf. fvl. § 42*

Klagesaker der det er gitt utsatt iverksetting skal behandles av klageinstansen innen seks uker. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid ble opplyst å være 20,7 uker for andre halvår 2005, og 35,3 uker for første halvår 2006. Kommunen opplyste at ettersom saksporføljen her kun var på 12 saker drar enkelt-saker gjennomsnittet opp eller ned uforholdsmessig mye. Det er likevel grunn til å konstatere at det foreligger brudd på saksbehandlingsfristene også for klagesaker med utsatt iverksetting.

*Mitt syn på saksbehandlingstiden og restansene*

Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune har brutt fristene for saksbehandlingstid pålagt ved SAK § 23 nr. 1 a-d, f, i-j og k. Fristene gjelder for den enkelte sak. Det som her er undersøkt er gjennomsnittlig saksbehandlingstid. Denne gir likevel tilstrekkelig indikasjon på at fristene brytes i en rekke enkeltsaker.

Tallene viser videre at saksbehandlingstiden er økende for alle sakstypene, med unntak for forhåndskonferanser som ble angitt som svakt synkende (fra 7,7 til 7 uker).

Etaten har opplyst at den, da den svarte på henvendelsen herfra, manglet system for rapportering av restanser for forhåndskonferanser (a), igangsettingstillatelse (e), uttalelser fra andre myndigheter (g), midlertidig brukstillatelse (h), ferdigattest (i) og klagesaker med utsatt iverksetting (k). For sakstypene der restanser er angitt, viser disse en klart økende tendens, med unntak for klagesaker (j) der restansene ble angitt som svakt synkende (fra 62 til 58 saker).

Ombudsmannen har, som nevnt, ved flere anledninger henvendt seg til byrådsavdelingen med spørs-

mål om saksbehandlingen ved plan- og bygningsetaten. Det vises blant annet til at ombudsmannen i sak 1997/869 (inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1998 på side 296), gjennomførte en systematisk (generell) undersøkelse av saksbehandlingen av byggesaker i kommunen. Jeg har videre uttalt meg generelt om saksbehandlingstiden ved plan- og bygningsetaten i årsmeldingen for henholdsvis 2000 på side 25, 2001 på side 38 og 2002 på side 26.

I brev hit 1. oktober 2004 (ombudsmannsak 2004/2644) viste byrådsavdelingen til udatert redegjørelse fra Plan- og bygningsetaten, der blant annet følgende fremgikk om behandlingen av klagesaker:

«Det er nå ca. 180 saker på restanselisten. Sakerne som fordeles til klagesaksjurist i disse dager er fra november 2003. ... Årsaken til at klagesaken ikke er behandlet innen fristen i SAK § 23 nr. 1 bokstav j er at det over en periode er kommet inn langt flere saker enn etaten fortløpende kan ta unna med nåværende bemanning. Etaten har nå bemannet et restanseprosjekt med 4 personer på tilskudd fra Aetat. Målsetningen er å behandle klager innen 6 uker i løpet av 1. halvår 2005.»

Av byrådsavdelingens brev hit 20. desember 2004 (ombudsmannsak 2004/3174), jf. udatert redegjørelse fra plan- og bygningsetaten, fremgikk tilsvarende informasjon. I begge sakene uttalte jeg at saksbehandlingstiden var «kritikkverdig lang». Ut fra opplysningene om restanseprosjektet og målsetningen om å behandle klager innen seks uker i løpet av første halvår 2005, lot jeg likevel sakene bero.

Av byrådsavdelingens brev hit 25. januar 2006 (ombudsmannsak 2005/2010) fremgikk blant annet:

«Det er herfra satt krav til Plan- og bygningsetaten om at tidsfrister satt i lovverket skal overholdes. Byrådsavdelingen går ikke inn og detaljstyrer på hvilken måte etaten legger til rette for dette, men vi blir månedlig orientert ... om etatens produksjonstall og behandlingstider for de ulike typer byggesaker. ... Der orienteringer fra etaten gir grunnlag for det eller der byrådsavdelingen i enkeltsaker blir orientert eller forespurt i forhold til etatens overholdelse av tidsfrister, blir dette i de tilfeller vi finner det påkrevet konkret fulgt opp overfor etaten.

---

Plan- og bygningsetaten mottok i 2005 6515 byggesøknader. ... For 2006 er det avsatt midler på etatens budsjett til å ta unna produksjonstopper og til å bygge ned saksrestanser. Deler av disse midlene går til å engasjere 4 midlertidig ansatte som læres opp til å behandle byggesaker. Det benyttes også ordinær overtid til å få ned restansene. ... Man forventer at man i løpet av 1 år vil klare å få etatens byggesaksrestanser ned slik at fristene overholdes. ...

Plan- og bygningsetaten innfører fra årsskiftet 2005/2006 elektronisk arkiv og høyere grad av elektronisk saksbehandling. ... Det er grunn til å tro at dette vil gi grunnlag for økt effektivitet i løpet av 2006.»

Ressurssituasjonen er blitt oppgitt som begrunnelse for plan- og bygningsetatens lange saksbehandlingstid i mange år, i hvert fall tilbake til 1997 - 1998. Fra 2004 har også det økende sakstilfanget blitt understreket. Gjentatte ganger har restanseprosjekter blitt igangsatt, uten at dette synes å ha gitt varige resultater. Jeg har ikke nå funnet grunn til å undersøke om kommunen innen januar 2007 har makttet å redusere byggesaksrestansene, men nøyer meg med å vise til at kommunen i forbindelse med undersøkelsen her har opplyst at «[d]en generelle trenden for alle sakstypene er at saksbehandlingstid og restanser vil fortsette å øke i andre halvår av 2006».

Plan- og bygningsetaten har skissert en rekke tiltak for å redusere saksbehandlingstiden. Den konstaterer imidlertid at utfordringen med å beholde medarbeidere og produksjonen stabil er meget stor, blant annet fordi lønnsgapet er betydelig i forhold til eksterne aktører. Store prosjekter antas å gi fortsatt høy aktivitet i byggesaksbehandlingen fremover. Jeg anser det derfor som nødvendig at byrådsavdelingen «følge[r] etaten nøye», slik den i brev hit har opplyst å ville gjøre, blant annet gjennom å vurdere etatens rutiner og organisering med sikte på å redusere saksbehandlingstiden og restansene.

## 2. Siloordning - køsystem før fordeling til saksbehandler

### *Ombudsmannens spørsmål og kommunens svar*

På bakgrunn av telefonsamtalene med plan- og bygningsetatens medarbeidere 15. mai og 13. juni 2006 (se nærmere nedenfor), ble byrådsavdelingen i brevet herfra 18. august 2006 bedt om en utfyllende beskrivelse av etatens praksis med køsystem før fordeling til saksbehandler - såkalt siloordning. Det ble også bedt om å opplyse hvor lang tid det tar før ulike typer saker blir fordelt til saksbehandler, jf. inndelingen i sakstyper under punkt 1.

Av svaret 28. september 2006, jf. redegjørelse fra plan- og bygningsetaten, fulgte bl.a.:

«Plan- og bygningsetaten gikk bort fra ventekasser og ventekøer da den gjennomførte sitt prosjekt «Prosessforbedring i byggesak» i perioden 2000 - 2002. Prinsippene bak denne prosessen var at alle saker skulle gjennomgå med hensyn på forhold knyttet til vann og avløp, vei og avfall i løpet av de to første ukene etter mottak. Deretter skal saken tildeles saksbehandler umiddelbart og gjennomgå innen 30 dager. Saksbehandler skal innen denne fristen gi en samlet tilbakemelding til ansvarlig søker om mangler, treffe vedtak dersom dette er mulig eller returnere saken dersom den har betydelige mangler.

---

... Saksbehandlerne som vurderer sakene med hensyn på vei, vann og avfall har egne lister hvor sakene tildeles automatisk, behandles og kvitteres ut med kommentarer som en del av den forberedende delen av saksbehandlingen ...

---

Plan- og bygningsetaten er organisert etter en kundegruppedmodell i enhetene storkunder, næ-

ring og anlegg og ulike byområder (tett by og åpen by). Etatens «saks-kø» er derfor flere køer alt avhengig av geografisk inndeling og hva slags tiltak det dreier seg om.

... Felles for alle enhetene er at søknader fremkommer som saker på deres elektroniske arbeidslister, sortert etter dato. De ulike saksbehandlerteamene innenfor enhetene gjennomfører ukentlig fordelingsmøter hvor ansvarlig teamkoordinator for teamet har ansvaret for at saker fordeles til de ulike saksbehandlerne. Del-søknader som igangsettingstillatelser, søknad om endring, anmodning om brukstillatelse/ferdigattest vil, etter at den er innregistrert i etaten, automatisk dukke opp i elektronisk postkasse hos den som er saksbehandler på saken...»

I brev herfra 12. oktober 2006 ble det vist til at spørsmålene om dette temaet var basert på informasjon gitt per telefon til en saksbehandler ved ombudsmannens kontor i forbindelse med konkrete ombudsmannssaker:

«I telefonsamtalen 15. mai 2006 opplyste enhetsleder for Bolig tett by at den konkrete saken ikke var fordelt til saksbehandler, og at den lå som nr. 18 i køen for slik fordeling. Det ble videre opplyst at saken da hadde ligget i 20 uker uten at noen hadde sett på den. Videre ble det oppgitt at den saken som da hadde ligget lengst i køen for dette teamet, hadde ligget ubehandlet i 24 uker. Det ble anslått at den konkrete saken ville bli fordelt til saksbehandler ca. 4 uker etter telefonsamtalen, og at saksbehandler da ville vurdere om søknaden kan behandles eller har mangler. Hvis den ikke har mangler, noe som ble opplyst å være «sjelden», kunne vedtak deretter bli fattet i løpet av en dag til en uke.

I den andre saken, som hadde innkommet etaten 8. februar 2006, opplyste avdelingsleder for Byggeprosjekter 13. juni 2006 at vei, vann og avfall var vurdert, men at det fortsatt gjensto å tildele saksbehandler. Det ble angitt at saken normalt ville måtte vente ytterligere 2-3 måneder for å få saksbehandler og at ferieavvikling kunne gjøre perioden lengre.

På bakgrunn av disse samtalene, samt klager hit på manglende tildeling av saksbehandler, ble det lagt til grunn herfra at plan- og bygningsetaten i Oslo kommune praktiserer såkalt siloordning (køsystem for fordeling av saker til saksbehandler). Dette synes ikke å være i samsvar med det som fremgår av redegjørelsen fra etaten til byrådsavdelingen 25. september 2006 pkt. 2. Det bes om byrådsavdelingens kommentarer til dette.

På hvilket punkt i prosessen får søker vite hvem som er saksbehandler i hans/hennes sak, slik at søker kan rette henvendelser til/be om et møte med denne personen?»

Av svar fra Oslo kommune 6. november 2006 fulgte om dette spørsmålet:

«Etter etatens syn er det samsvar mellom de to uttalelsene det vises til. I etatens skriftlige redegjørelse ... opplyses først at etatens organisasjon fører til at sakene, avhengig av type, vil kunne bli behandlet av forskjellige team. ...

---

Etter fordeling i team fremkommer sakene på liste både i byggesaksteamet og hos de som be-

handler sakene i forhold til vei, vann og avfallsproblematikk. Saken vil ikke bli tildelt byggesaksbehandler før teamet har ledig kapasitet til å ferdigbehandle den. Saken blir således behandlet etter køsystem når de først er registrert i teamet. Derfor kan enhetsleder for tett by opplyse hvilke saker som nå er under behandling i forhold til de øvrige som avventer ledig kapasitet.

Saken får således først saksbehandler når vedkommende saksbehandler har ledig kapasitet og enhetsleder/teamkoordinator fordeler saken til vedkommende. Først på denne tid vil saken framgå av vårt saksbehandlersystem å ha fått en saksbehandler. Inntil dette tidspunkt vil saken kun framgå å være fordelt til vedkommende team som skal behandle saken.»

#### *Mitt syn på siloordning*

Basert på den informasjonen jeg har fått, legger jeg til grunn at plan- og bygningsetaten praktiserer såkalt siloordning. Sakene legges i kø og blir først fordelt til - og vurdert av - byggesaksbehandler når den har ledig kapasitet. Så vidt skjønnes, er det blant annet først på dette tidspunktet søknaden blir undersøkt for mangler. Dette innebærer også at søker først på et sent tidspunkt i prosessen får oppgitt en saksbehandler å forholde seg til.

I henvendelsen herfra 18. august 2006 ble kommunen bedt om å opplyse hvor lang tid det tar før ulike typer saker blir fordelt til saksbehandler. Kommunen har ikke gitt slik informasjon. To av enkeltsakene som er blitt klaget inn hit, ble av plan- og bygningsetaten anslått å ville ligge i henholdsvis 24 uker og 6-7 måneder før tildeling av saksbehandler.

Kommunen har heller ikke besvart spørsmålet herfra om hvordan den håndterer saker som ikke skal realitetsbehandles, for eksempel fordi de på grunn av feilekspedisjon skal oversendes rett instans eller avvises.

I årsmeldingen for 2001 s. 40 uttalte jeg, på bakgrunn av praksis i noen andre forvaltningsorganer, at en ordning der enkeltsaker ikke blir fordelt til saksbehandler, men oppbevares i et lokalt arkiv i påvente av behandling (såkalt siloordning), innebærer et avvik fra de ordinære saksbehandlingsrutinene i forvaltningen som rettslig sett ikke er uproblematisk. Jeg viste til at kravene som forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper setter til forsvarlig saksbehandling, best kan ivaretas dersom den enkelte sak umiddelbart blir fordelt til en saksbehandler som har ansvaret for å følge opp saken. Videre viste jeg til at folks tillit til forvaltningen blir styrket av å kunne forholde seg til en ansvarlig person. Jeg åpnet for at det unntaksvis kan være nødvendig å etablere særordninger, men presiserte at terskelen for å etablere avvikende ordninger bør være høy. I en sak som er referert i ombudsmannens årsmelding for 2004 s. 166 gjentok jeg dette.

Bakgrunnen for uttalelsen i 2001 var blant annet ordningen som da ble praktisert i Utlendingsdirektoratet og som jeg fant grunn til å kritisere i saken referert på side 178 i samme årsmelding. Jeg uttalte

der at ordningen vanskelig kan forsvares ut fra de krav forvaltningsloven stiller, og at den har svakheter blant annet fordi søkerne ved henvendelser ikke vil få snakke med saksbehandler før saken er til behandling.

Disse synspunktene må gjelde også for den ordning som praktiseres ved plan- og bygningsetaten. De nevnte svakhetene gjenspeiles også av at dette er et forhold som blir tatt opp i flere av klagene hit på etaten og som synes å skape stor frustrasjon hos søkerne.

Siloorordningen bør derfor søkes avvirket så snart restansesituasjonen er bedret. Praktiseringen av en slik ordning medfører også at kommunen må ha gode rutiner for hvordan den gir informasjon til søkerne om relevante forhold ved saksbehandlingen, og for håndteringen av muntlige og skriftlige henvendelser fra parter.

### 3. Svar på henvendelser

#### *Ombudsmannens spørsmål og kommunens svar*

Byrådsavdelingen ble i brevet herfra 18. august 2006 spurt om i hvilke situasjoner og på hvilke premisser en medarbeider kan sette seg utilgjengelig for telefonkontakt/ henvendelser utenfra. Den ble videre spurt om etatens rutiner og praksis i forhold til å besvare henvendelser per telefon eller e-post, herunder beskjeder lagt igjen på telefonsvarer eller sentralbord om å ringe tilbake. Sist ble det bedt om en utdyping av mottatt opplysning om at plan- og bygningsetaten har valgt å ikke legge «definisjonen av hva de jobber med» tilgjengelig for sentralbordet, slik at hvis innringer ikke vet konkret hvem man skal snakke med, så kan ikke sentralbordet hjelpe.

I svaret 28. september 2006 skrev kommunen blant annet:

«Ambisjonene rundt etableringen av kundesenteret er at 1. linjen skal kunne besvare flest mulig spørsmål og mest mulig fullstendig. Det er etablert en fast vaktordning slik at 6-7 saksbehandlere til enhver tid har kundetid i kundesenteret. De som ønsker det kan i tillegg avtale møter med en saksbehandler hele uken innenfor arbeidstiden.

Etatens policy er at saksbehandlerne kan fraværsmarkere seg i den elektroniske kalenderen slik at sentralbordet kan se hvor vedkommende er. ... Høy tilgjengelighet på telefon betyr i praksis at mer tid medgår til å besvare purringer m.m., spesielt i en tid med store restanser. Det er åpenbart at dette er et betydelig dilemma fordi skjermert produksjonstid blir mindre.»

Videre fremkom at i følge rutine for e-post skal «kurante henvendelser» besvares i løpet av tre virkedager. Etaten har ikke telefonsvarer, men beskjed kan videreformidles via e-post fra kommunens felles sentralbord eller kundesenteret til saksbehandler. Det ble videre opplyst at etaten har egne holdningsrutiner hvor telefonkultur og besvaring av henvendelser inngår. Kommunen skrev ellers:

«Det har vært et ønske fra [sentralbordet] 02180 å ha kontaktpersoner inn i de ulike fagmiljøene i Plan- og bygningsetaten. Dette ønsker ikke etaten. Disse personene vil i så fall ikke gjøre annet enn å besvare generelle henvendelser samt videre-sette telefoner til andre.»

Redegjørelsen ble forstått dit hen at henvendelser i hovedsak besvares av kundesenteret. Etter forespørsel herfra 12. oktober 2006, opplyste kommunen 6. november 2006 at kundeservicetjenesten «svarer på alle typer henvendelser så vel av generell art som konkret til den enkelte sak».

#### *Mitt syn på spørsmålet*

Av fvl. § 11d første ledd første setning følger:

«I den utstrekning en forsvarlig utførelse av tjenesten tillater det, skal en part som har saklig grunn for det, gis adgang til å tale muntlig med en tjenestemann ved det forvaltningsorgan som behandler saken.»

Ordnningen med køsystem før fordeling til saksbehandler har jeg kommentert ovenfor. Det er best i samsvar med god forvaltningsskikk om en part, ved henvendelse til forvaltningen, får snakke med den som er saksbehandler på saken. Jeg legger til grunn at dette vil oppleves som mest betryggende for parten og være til det beste for sakens opplysning, etter som saksbehandleren vil ha et særlig ansvar for saken og (i en viss utstrekning) kjenne den. En slik praksis vil dermed best ivareta publikums tillit til forvaltningen.

Forvaltningsloven § 11d gir imidlertid ikke parten *krav* på å få tale med en bestemt tjenestemann. Selv om den parten henvises til dermed ikke trenger å være saksbehandler på saken, må det likevel forutsettes at denne har tilstrekkelige forutsetninger til å drøfte saken, jf. Geir Woxholth Forvaltningsloven med kommentarer (2006), s. 232. Kommunen har opplyst at kundeservicetjenesten, som har saksbehandlerbemanning, også svarer på konkrete henvendelser i den enkelte sak. Forutsatt at «kundesenteret» har tilstrekkelige forutsetninger til å drøfte saken og svare på partens konkrete spørsmål, vil ikke henvisningen til et slikt senter, bemannet av kvalifiserte saksbehandlere, i seg selv utgjøre et brudd på fvl. § 11d.

Mine medarbeidere har hatt til dels store problemer med å komme i kontakt med relevante personer i etaten, herunder opplevd at personer i etaten ikke besvarer beskjeder om å ringe tilbake, slik at de i praksis blir særdeles vanskelige å få tak i. Tilsvarende problemer er nevnt i flere av klagene hit på plan- og bygningsetaten. Jeg finner det vanskelig å la dette alene danne grunnlag for kritikk av kommunen på dette punkt. Likevel ber jeg om at den selv sørger for at etatens interne retningslinjer i forhold til tilgjengelighet og svar på henvendelser følges i praksis.

Sett i sammenheng med siloordningen og den lange saksbehandlingstiden ved etaten, er det her særlig viktig for publikums tillit til forvaltningen at partene får tilstrekkelig svar på sine henvendelser innen rimelig tid.

#### 4. Informasjon om reell saksbehandlingstid

##### *Ombudsmannens spørsmål og kommunens svar*

Kommunen ble i brevet herfra 18. august 2006 spurt om etatens praksis i forhold til å sende forsinkelsesmeldinger til søker. Videre ble det spurt om søkerne får informasjon om *reell* forventet/ gjennomsnittlig saksbehandlingstid for den sakstype det gjelder og i så tilfelle på hvilket tidspunkt og på hvilken måte. Sist ble det bedt om en oversikt over hvilken informasjon søker får ved bruk av etatens nettsider, herunder om reell forventet saksbehandlingstid og behandlingen av søkers konkrete sak.

Oslo kommune svarte 28. september 2006 at foreløpig svar i byggesak sendes umiddelbart etter at saken er innregistrert:

«Brevet opplyser om lovpålagte saksbehandlingstider innen de ulike sakstypene samt henvisning til at etaten for tiden har lengre saksbehandlingstider enn lovens bestemmelser. Det henvises i brevet til etatens nettsider for oppdaterte estimater om behandlingstider for hovedsakstypene samt til at man kan følge fremdriften i saken via etatens nettjeneste *Saksinnsyn*...

Plan- og bygningsetaten oppdaterer jevnlig etatens hovednettside med informasjon om saksbehandlingstider. Estimatenes gjøres av lederne for avdelingsenheten som behandler byggesaker ut fra situasjonen i de enkelte team. Etaten har ikke sett det som mulig å anslå helt nøyaktig tidbruk i hver enkelt sak. ...

... Når saken tas opp til behandling gis ansvarlig søker en rimelig frist for eventuell komplettering av saken samt at det gis konkrete tilbakemeldinger fra saksbehandler på forventet behandlingstid i den enkelte sak.»

På bakgrunn av denne redegjørelsen ble kommunen, ved brev 12. oktober 2006, informert om at det herfra legges til grunn at det i etatens foreløpige svar ikke angis forventet tidsbruk i saken, samt at det ikke sendes ut forsinkelsesmeldinger. Videre at etaten først når søker får vite hvem som er saksbehandler/ når saken «tas opp til behandling», angir når svar kan ventes i den enkelte saken.

Det ble ellers vist til at utskriften fra plan- og bygningsetatens hjemmesider (med informasjon om saksbehandlingstid), som var vedlagt redegjørelsen fra etaten, så vidt kunne ses først ble lagt ut 21. september 2006. Kommunen ble spurt om den også før dette tidspunktet rutinemessig la ut tilsvarende informasjon, om det er en fast peker på etatens hjemmesider til informasjon om reell saksbehandlingstid for ulike typer saker og hvor denne i så tilfelle ligger.

I svar 6. november 2006 bekreftet kommunen den ovenfor gjengitte faktafremstillingen, men presiserte følgende:

«Det sendes altså et mer generelt mottatt brev med oppfordring om å følge med på etatens hjemmesider mt saksbehandlingstid. Det sendes ikke ut et nytt mottatt brev når saksbehandler har fått fordelt saken og går igjennom materialet. Søknadene inneholder som oftest mangler og saksbehandler sender ut et såkalt mangelbrev.»

I det videre ble det vist til følgende formulering i standarden for foreløpig svar:

«NB! Grunnet stor økning i saksinngangen til Plan- og bygningsetaten i 2005/2006, holdes ikke fristen for søknader og meldinger. Tiltak er iverksatt for å redusere saksbehandlingstiden. For oppdatert informasjon om gjeldende saksbehandlingstider; se etatens nettsider: <http://www.pbe.oslo.kommune.no>.»

På denne bakgrunn konkluderte kommunen slik:

«Det har derfor blitt gitt informasjon om antatt saksbehandlingstid på nettet også før 21.9.då. Informasjonen blir søkt holdt oppdatert. Det er ikke lagt opp til å gi differensiert saksbehandlingstid i forhold til sakstype. Blant annet av hensyn til etatens organisering og prioritering av saker.»

Kommunens konklusjon ga grunn til følgende bemerkninger herfra, fremsatt i brev 16. november 2006:

«Det fremgår ... ikke hvor og på hvilken måte denne informasjonen har ligget tilgjengelig for brukerne, herunder hvorvidt det er og har vært en fast peker til en slik informasjonsside. På denne bakgrunn informeres byrådsavdelingen om at dersom det ikke ettersendes videre informasjon om dette punktet, kan man vanskelig legge til grunn herfra at slik informasjon rutinemessig har vært tilgjengelig for brukerne av etatens hjemmesider, eksempelvis via en fast peker.»

Byrådsavdelingen er ikke kommet tilbake til saken etter dette.

##### *Mitt syn på informasjon om reell saksbehandlingstid*

Fvl. § 11a annet og tredje ledd (saksbehandlingstid, foreløpig svar) bestemmer:

«Dersom det må ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal det forvaltningsorganet som mottok henvendelsen, snarest mulig gi et foreløpig svar. I svaret skal det ... såvidt mulig angis når svar kan ventes. ...

I saker som gjelder enkeltvedtak, skal det gis foreløpig svar ... dersom en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt.»

I saken i årsmeldingen for 2004 s. 166 uttalte jeg blant annet at «[i] en situasjon med til dels lange saksbehandlingstider vil rutineene for hvordan informasjon gis til brukerne være helt avgjørende». Videre uttalte jeg at «[g]od forvaltningssskikk tilsier at

parten orienteres dersom de opplysninger om forventet saksbehandlingstid som er angitt i det foreløpige svaret, ikke kan overholdes».

Basert på den informasjonen jeg har fått, legger jeg til grunn at søkeren ikke blir informert om reell forventet saksbehandlingstid (konkret for saken eller gjennomsnittlig for sakstypen) i det foreløpige svaret. Redegjørelsen forstås videre dit hen at slik informasjon bare sendes ut i et eventuelt «mangelbrev» etter fordeling av saken til byggesaksbehandler. Så vidt jeg skjønner, innebærer dette at dersom søknaden ikke har mangler, blir søker aldri direkte informert om når svar kan ventes. Hvis søknaden har mangler, blir slik informasjon gitt på et sent tidspunkt i prosessen, jf. pkt 2 ovenfor. Ettersom jeg ikke har mottatt korrigerende opplysninger etter brevet herfra 14. november 2006, legger jeg også til grunn at informasjon om gjennomsnittlig saksbehandlingstid for de ulike sakstypene heller ikke har vært rutinemessig tilgjengelig for brukerne av etatens hjemmesider.

Dette innebærer brudd på fvl. § 11a og reglene for god forvaltningsskikk. Det er ikke tilstrekkelig å opplyse om de lovpålagte saksbehandlingsfristene, samt at disse for tiden ikke overholdes. I det foreløpige svaret bør i det minste den gjennomsnittlige reelle saksbehandlingstiden for gjeldende sakstype angis, sammen med informasjon om at behandlingstiden i den konkrete saken kan avvike fra dette. Dersom det blir klart at behandlingstiden for saken kommer til å avvike (mer enn bagatellmessig) fra det som er angitt, bør det straks sendes en melding til søker om dette, med korrigert estimert saksbehandlingstid (forsinkelsesmelding).

### Konklusjon

Etter denne gjennomgangen er det klart at Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune jevnlig bryter fristene for saksbehandling og plikten til å informere om forventet saksbehandlingstid. Den siloordningen som etaten praktiserer fremstår også som tvilsom i forhold til reglene om god forvaltningsskikk. Jeg har videre bedt om at kommunen sørger for at dens rutiner med hensyn til tilgjengelighet og svar på henvendelser følges i praksis.

Plan- og bygningsetaten bør i denne forbindelse vurdere å opprette en egen enhet med ansvar for mottak og oppfølging av klager og henvendelser om saksbehandlingstid. Enheten kan eventuelt ha tilknytning til kundesenteret. Hvis den er tilstrekkelig bemannet, vil en slik enhet kunne gi informasjon om saksbehandlingstid for ulike sakstyper og svar på spørsmål om når en konkret sak antas å være ferdigbehandlet.

Flere av bruddene begrunnes av kommunen (delvis) med etatens anstrengte ressursituasjon, med stort sakstilfang og frafall av saksbehandlere. Det ligger utenfor mitt mandat å vurdere den konkrete

budsjettmessige prioriteringen i kommunen. Tilsvarende er det vanskelig for meg å gjøre meg opp noen mening om organiseringen og personalpolitikken/rekrutteringsstrategien i etaten. Likevel vil jeg påpeke at den situasjonen, som nå har vart en stund i plan- og bygningsetaten, er uholdbar fordi den innebærer jevnlig brudd på flere saksbehandlingsregler. Det er derfor nødvendig at byrådsavdelingen gjør som den lover i brevet hit 6. november 2006, nemlig å «følge etaten nøye». Jeg ber om å bli holdt orientert om de tiltakene som settes i verk og utviklingen i etaten i forhold til de spørsmålene jeg har uttalt meg om.»

### 79.

#### **Friststart for treårsfristen i plan- og bygningsloven § 96 første ledd**

(Sak 2007/293)

*Bergen kommunes innvilgelse av en rammetillatelse ble klaget inn for Fylkesmannen i Hordaland. Fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak ett år og én måned etter at kommunen fattet sitt vedtak. Tiltakshaveren søkte etter dette om igangsettingstillatelse. Kommunen innvilget igangsettingstillatelse, men fylkesmannen opphevet kommunens vedtak fordi fristen for rammetillatelsens gyldighet hadde løpt ut, jf. plan- og bygningsloven (plbl.) § 96 første ledd. I denne vurderingen la fylkesmannen til grunn at fristen begynte å løpe da kommunen innvilget søknaden om rammetillatelse. Tiltakshaveren klaget saken inn for ombudsmannen og mente at treårsfristen ikke kunne regnes fra kommunens vedtak når dette ble påklaget og klagesaksbehandlingen trakk ut i tid. Spørsmålet om fristens utgangspunkt ble tatt opp med Kommunal- og regionaldepartementet.*

*Ombudsmannen kom til at de beste grunner taler for at treårsfristen i § 96 første ledd begynner å løpe først på det tidspunkt hvor det foreligger et endelig vedtak i saken. Denne vurderingen ble basert på ordlyden i § 96 første ledd sammenholdt med uttalelser i forarbeidene og sammenhengen i regelverket. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere sitt vedtak på nytt. Fylkesmannen omgjorde deretter sitt vedtak i saken og stadfestet kommunens igangsettingstillatelse.*

Bergen kommune fattet 4. september 2003 vedtak hvor As søknad om rammetillatelse for oppføring av tilbygg på sin eiendom i Bergen kommune ble innvilget. Vedtaket ble påklaget av As nabo. I vedtak 13. oktober 2005 stadfestet Fylkesmannen i Hordaland kommunens innvilgelse av rammetillatelse.

A søkte i søknad innstemplet 4. september 2006 om igangsettingstillatelse for byggarbeidene. Søknaden ble innvilget av kommunen 3. november 2006. As nabo henvendte seg deretter til kommunen pr. telefon og hevdet at kommunen ikke hadde anledning til å gi igangsettingstillatelse. Kommunen



besvarte denne henvendelsen og fastholdt at vilkårene for å gi rammetillatelse var oppfylt. Naboen påklaget deretter igangsettingstillatelsen. I klagen ble det anført at rammetillatelsen var bortfalt, og at det da ikke var grunnlag for å gi igangsettingstillatelse.

Naboens klage ble tatt til følge av fylkesmannen som opphevet kommunens innvilgelse av igangsettingstillatelsen. Fylkesmannen la til grunn at fristen for å sette i gang tiltaket etter plbl. § 96 første ledd begynner å løpe på det tidspunktet kommunen innvilger søknad om rammetillatelse. Ettersom det ved utløpet av treårsfristen ikke var fattet vedtak om igangsettingstillatelse og tiltaket ikke var satt i gang, var treårsfristen ikke avbrutt før den løp ut. Fylkesmannen kom på denne bakgrunn til at det ikke forelå noen gyldig rammetillatelse da kommunen 3. november 2006 fattet vedtak om igangsettingstillatelse, og denne tillatelsen ble ansett ugyldig, jf. plbl. § 95a.

Tidspunktet for når treårsfristen i § 96 første ledd begynte å løpe, ble etter fylkesmannens syn ikke endret av at rammetillatelsen var påklaget til fylkesmannen av tiltakshaverens nabo. I denne sammenheng ble det vist til Kommunal- og regionaldepartementets brev 22. november 2006 i sak 06/2215. Departementet la i dette brevet til grunn at tidspunktet for kommunens innvilgelse av søknad om rammetillatelse dannet utgangspunkt for treårsfristen selv om vedtaket var påklaget og klagebehandlingen trakk ut i tid.

Tiltakshaveren henvendte seg hit og ba ombudsmannen undersøke fylkesmannens opphevelse av igangsettingstillatelsen. I klagen ble det blant annet pekt på at fylkesmannens rettsforståelse ga tiltakshaveren en klar oppfordring til å starte de faktiske arbeidene før byggesøknaden var endelig avgjort. I den foreliggende saken var det f.eks. under elleve måneder igjen av rammetillatelsen da fylkesmannens vedtak i klagesaken forelå, og det tok fem måneder fra det ble søkt om igangsettingstillatelse til søknaden var godkjent av kommunen. Gitt at fylkesmannens forståelse av fristregelen var i samsvar med gjeldende rett, mente klageren at det i det minste kunne være grunnlag for å forlenge fristen i enkelte tilfeller, basert på en konkret vurdering.

Det ble besluttet å ta opp spørsmålet om treårsfristens utgangspunkt med Kommunal- og regionaldepartementet. I brev herfra ble departementet bedt om å redegjøre for nærmere angitte forhold vedrørende forståelsen av § 96 første ledd første punktum.

Departementet ble først bedt om å redegjøre for om ordlyden i § 96 første ledd trekker i retning av at kommunens vedtak om rammetillatelse danner utgangspunkt for treårsfristen, eventuelt om ordlyden blir ansett for å være til hinder for at fristutgangspunktet er tidspunktet for endelig vedtak i saken.

Deretter ble det bedt om departementets vurdering av betydningen av enkelte uttalelser i forarbeidene, før departementet ble spurt om det kan være riktig at tiltakshaveren pålegges den risikoen som vil

påhvile ham ved at tiltak iverksettes før det foreligger endelig vedtak i saken. Det ble i denne sammenheng også spurt om et eventuelt krav på erstatning for pådratte utgifter vil gi tilstrekkelig vern om tiltakshaverens interesser.

Gitt at departementet mente at tidspunkt for kommunens vedtak danner utgangspunktet for treårsfristen etter § 96 første ledd, ble departementet bedt redegjøre for om denne regelen er absolutt, eller om det kan gjøres unntak på bakgrunn av en konkret vurdering.

I brev 4. juni 2007 sluttet departementet seg til fylkesmannens vurdering av at kommunens vedtak om rammetillatelse danner utgangspunktet for treårsfristen i plbl. § 96 første ledd.

Etter departementets oppfatning følger det direkte av § 96 første ledd at treårsfristen begynner å løpe når kommunen fatter vedtak om rammetillatelse. Departementet erkjente at ordlyden isolert sett ikke entydig avgjør spørsmålet, men mente likevel at ordlyden sammenholdt med forarbeidene er til hinder for at fristen begynner å løpe fra tidspunktet hvor endelig vedtak foreligger. Det ble i denne forbindelse lagt avgjørende vekt på at fristen i § 96 første ledd løper fra det tidspunkt hvor «rammetillatelse er gitt», og departementet fremhevet følgende uttalelse i Ot. prp. nr. 39 (1993-1994) side 205 hvor utgangspunktet for treårsfristen drøftes:

«Disse foreløpige tillatelsene, som er det vedtaket som i realiteten avgjør at tiltaket, i forhold til plan- og bygningsloven, kan realiseres, er blitt ansett for det avgjørende i forhold til 3-årsfristen i § 96, dvs. det tidspunkt fristen skal regnes fra.

Departementet antar at det fortsatt bør være slik, dvs. at utgangspunktet for 3-årsfristen i § 96 er tidspunktet da rammetillatelse gis.»

Formålet bak fristregelen i § 96 første ledd første punktum er å sikre at godkjente byggarbeider kommer i gang innen rimelig tid etter at tillatelse er gitt. Etter departementets syn blir formålet best realisert ved at kommunens vedtak danner utgangspunktet for treårsfristen.

På side 205 i Ot.prp. nr. 39 (1993-94) pålegges tiltakshaver ansvaret og risikoen for å fastlegge detaljene i saken og avklare forholdet til «andre myndigheter», også når slike avklaringer trekker ut i tid. I svarbrevet hit opplyste departementet at ved lovrevisjonen i 1995 ble det vurdert slik at ordlyden i bestemmelsen fanget opp klagesaksbehandlingen. Det ble derfor ikke ansett nødvendig å omtale klagesaksbehandlingen særskilt i forarbeidene.

Departementet fremhevet saksbehandlingsforskriften § 23 nr. 1 bokstav j og k samt måltallet på tre måneder for fylkesmannsembetenes klagesaksbehandling som overholdes av de fleste embeter. Slik departementet så det, var det dermed kun unntaksvis at klagesaksbehandlingen trekker så langt ut i tid at departementets regelforståelse gjør det vanskelig for tiltakshaveren å overholde treårsfristen i § 96 første

ledd. Det ble også gjort oppmerksom på kommunen og fylkesmannens adgang til å gi oppsettende virkning uten at tiltakshaveren har bedt om dette, med den følge at treårsfristen ikke begynner å løpe før endelig vedtak i klageomgangen foreligger. Departementet ville anbefale at denne muligheten i større grad blir vurdert benyttet.

Det ble videre vist til at en rammetillatelse gir tiltakshaveren en berettiget forventning om at det omsøkte tiltaket kan realiseres, og at tiltakshaveren i påvente av igangsettingstillatelsen kan utføre «forberedende tiltak». Ut fra sammenhengen med plbl. § 95a nr. 1 og 2 mente departementet at slike forberedende tiltak kunne være rene prosjekteringsarbeid og andre forberedelser som ikke krever tillatelse etter plan- og bygningsloven, for eksempel rydding av vegetasjon eller avtaking av matjord.

Departementet erkjente at klagesaksbehandlingen innebærer en viss risiko for at en tillatelse ikke blir stående, slik at de forberedende tiltakene utføres på tiltakshaverens egen risiko. En slik risiko pådrar imidlertid tiltakshaver seg også når arbeid påbegynnes etter at kommunen har gitt igangsettingstillatelse, men før vedtaket er endelig. Tiltakshaveren er i slike tilfeller henvist til å søke erstatning av kommunen, jf. plbl. § 116 sammenholdt med skadeserstatningsloven § 2-1. Departementet kunne ikke se noe umiddelbart behov for å endre dette utgangspunktet - som heller ikke er særegent for plan- og bygningsloven.

Verken ordlyden i § 96 første ledd eller forarbeidene åpnet etter departementets oppfatning for å foreta en konkret vurdering av når treårsfristen begynner å løpe. Det ble i denne forbindelse vist til at departementet i senere saker har gått bort fra en slik forståelse.

Departementet erkjente at tiden som medgår til klagesaksbehandling i kommunene og hos fylkesmennene ligger utenfor tiltakshavers rådighet, og at departementets regelforståelse i enkelte tilfeller kan fremstå som urimelig. På denne bakgrunn informerte departementet om at endringer og/eller presiseringer av bestemmelsen vil bli vurdert i forbindelse med den pågående lovrevisjonen. Departementet stilte seg også positiv til at ombudsmannen - om ønskelig - kom med forslag til endringer av loven som ivaretar både tiltakshavers og klagers interesser.

## Ved avslutning av saken uttalte jeg:

### 1. Noen utgangspunkter

Saken gjelder spørsmålet om Bergen kommunes innvilgelse av As søknad om igangsettingstillatelse var ugyldig fordi tiltaket ikke var satt i gang før etter at fristen for rammetillatelsens gyldighet hadde løpt ut. Sentralt i denne vurderingen er når treårsfristen i plan- og bygningsloven § 96 første ledd begynner å løpe.

Selv om saken gjelder en konkret klage hit, har

problemstillingen vært tatt opp med Kommunal- og regionaldepartementet i generell form. Jeg vil i det følgende redegjøre for mitt syn på den generelle problemstillingen, men minner om at redegjørelsen i en viss grad må leses på bakgrunn av As klage til ombudsmannen.

I sitt svarbrev har departementet stilt seg positivt til at ombudsmannen kommer med forslag til hvordan fristreglene kan utformes for å ivareta de kryssende interesser på en best mulig måte. Jeg finner det i all hovedsak mest riktig å begrense meg til å vurdere saken ut fra rettsstillingen slik den er nå. Når det er sagt, vil det likevel være slik at de hensyn som gjør seg gjeldende slik regelen lyder i dag, naturlig nok også vil kunne være relevante for fremtidige reguleringer av fristbestemmelsen.

### 2. Plan- og bygningsloven § 96 første ledd

Varigheten av en rammetillatelse er regulert i plan- og bygningsloven § 96 første ledd som lyder slik:

«Er tiltaket ikke satt i gang senest 3 år etter at rammetillatelse er gitt, faller tillatelsen bort.»

Som det fremgår av bestemmelsen, varer en rammetillatelse i tre år fra det tidspunkt hvor tillatelsen «er gitt». Innvilges en søknad om rammetillatelse av kommunen og dette vedtaket ikke påklages, anses rammetillatelsen naturlig for «gitt» når kommunen fatter sitt vedtak. Mer komplisert er derimot vurderingen av friststartsutgangspunktet når kommunens positive vedtak påklages. Avgjørende for om As rammetillatelse hadde falt bort eller ikke, er om tillatelsen regnes som «gitt» på det tidspunktet Bergen kommune innvilget søknaden om rammetillatelse, eller om den først ble «gitt» da fylkesmannen som klageinstans stadfestet kommunens vedtak.

Jeg nevner for ordens skyld at en løsning hvor fylkesmannens stadfestelse av kommunens vedtak danner utgangspunkt for treårsfristen i § 96 første ledd, vil føre til at friststartstidspunktet avhenger av om kommunens vedtak blir påklaget eller ikke. Det er imidlertid også slik at dersom kommunen avslår en søknad om rammetillatelse mens fylkesmannen som klageinstans omgjør kommunens vedtak og innvilger tillatelsen, begynner treårsfristen først å løpe etter fylkesmannens vedtak. Disse forholdene kan neppe gi særlig veiledning i vurderingen av fristens utgangspunkt.

Departementet skriver i sitt brev hit at ordlyden i § 96 første ledd isolert sett ikke entydig avgjør spørsmålet om når fristen begynner å løpe, men departementet synes likevel å ta ordlyden til inntekt for at kommunens vedtak danner utgangspunktet for treårsfristen.

Ordlyden i § 96 første ledd kan nok åpne for begge de skisserte fristutgangspunktene. En naturlig forståelse av ordlyden taler imidlertid for å forstå bestemmelsen slik at det er det endelige vedtaket som

her må være fristens utgangspunkt. Tiltakshaverens rettsposisjon etter kommunens vedtak vil være usikker, og de tiltak som kan iverksettes med støtte i kommunens tillatelse vil være forbundet med en ikke ubetydelig risiko knyttet til utfallet av klagesaksbehandlingen. Først når fylkesmannen stadfester kommunens tillatelse, vil tillatelsen være endelig, og det er fra dette tidspunktet det kan sies at tillatelsen er «gitt». Hvis det hadde vært meningen å la vedtakstidspunktet danne utgangspunktet for fristen, hadde det vært naturlig å la det komme til uttrykk i loven. Reelle hensyn taler også for en slik forståelse, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

### 3. Forarbeidene til plan- og bygningsloven § 96 første ledd

Fristregelen i § 96 første ledd er omtalt i forarbeidene til plan- og bygningsloven. I forbindelse med enkelte mindre endringer i § 96 første ledd uttalte lovgiver følgende om bestemmelsen i Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) på side 205:

«I samsvar med endringene ellers i loven fjernes bygge fra -tillatelse i overskriften.

Ved innføring av trinnvis saksbehandling oppstår også spørsmålet om hvilken tillatelse som blir avgjørende i forhold til fristen i § 96. Reelt sett er problemet ikke nytt, da trinnvis behandling er praktisert i mange kommuner allerede. Det gjøres bl. a. ved «approbasjon», en tillatelse med betingelser, som skal oppfylles enten før byggetillatelse gis eller før tiltaket kan gis ferdigattest.

Disse foreløpige tillatelsene, som er det vedtaket som i realiteten avgjør at tiltaket, i forhold til plan- og bygningsloven, kan realiseres, er blitt ansett for det avgjørende i forhold til 3-årsfristen i § 96, dvs. det tidspunkt fristen skal regnes fra.

Departementet antar at det fortsatt bør være slik, dvs. at utgangspunktet for 3-årsfristen i § 96 er tidspunktet da rammetillatelse gis. Etter dette tidspunkt er det i det vesentlige tiltakshavers ansvar å få fastlagt detaljene i saken, slik at myndighetene kan gi den endelige tillatelse, også avklaring i forhold til andre myndigheter. I den grad det tar tid, og går på 3-årsfristen, blir det tiltakshavers problem og ansvar.

Bygningsmyndighetenes hovedvurdering av prosjektet skal være skjedd når rammetillatelse gis, derfor bør det være det avgjørende tidspunktet.»

Departementet har i sitt svar hit fremholdt at uttrykket «tidspunktet da rammetillatelse gis» støtter opp om at treårsfristens utgangspunkt er tidspunktet for kommunens vedtak. I og med at denne formuleringen svarer til begrepsbruken i § 96 første ledd, har jeg vanskelig for å se at begrepsbruken her tilsier en annen løsning enn lovtekstens i spørsmålet om når treårsfristen begynner å løpe. Jeg viser i denne sammenheng til min vurdering ovenfor av ordlyden i § 96 første ledd.

I det siterte utdraget fra forarbeidene drøftes også tidspunktet for når «rammetillatelse gis». Det av-

gjørende tidspunktet er ansett å være når det foreligger en «foreløpig» tillatelse «som i realiteten avgjør at tiltaket, i forhold til plan- og bygningsloven, kan realiseres».

En «foreløpig» tillatelse står i motsetning til en endelig tillatelse, noe som i og for seg kan passe med kommunens rammetillatelse som først blir endelig når den stadfestes av fylkesmannen. Departementet later til å forstå forarbeidene på denne måten.

Ut fra den sammenhengen begrepet fremgår, mener jeg likevel at en slik forståelse blir noe anstrengt. Markeringen av den foreløpige tillatelsen som fristutgangspunkt gjøres etter en forutgående drøftelse av systemet med trinnvis behandling. En trinnvis behandling innebærer at behandlingen av den enkelte byggesak splittes opp i deler som behandles etappevis. På denne bakgrunn mener jeg det er mest naturlig å forstå den «foreløpige tillatelsen» som en motsats til den endelige tillatelsen. Den foreløpige tillatelsen vil da være rammetillatelsen som representerer trinn én i den etappevise saksbehandlingen. En slik forståelse er forenlig med den begrepsbruken som er benyttet i forarbeidene, se særlig redegjørelsen for hva som skjer etter at den foreløpige tillatelsen er gitt. Den videre fremdriften i søknadsprosessen kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor.

Skal forarbeidene forstås på denne måten har jeg vanskelig for å se at det siterte utdraget fra forarbeidene bidrar til å kaste lys over spørsmålet om fristen regnes fra kommunens vedtak eller fylkesmannens avgjørelse av klagesaken. Riktignok er den foreløpige tillatelsen angitt å være det tidspunktet hvor vedtaket «kan realiseres», og selv om kommunens vedtak blir påklaget, gir det som nevnt tiltakshaver anledning til å iverksette enkelte tiltak. Det er imidlertid slik at disse tiltakene iverksettes på tiltakshavers egen risiko, noe som blant annet betyr at et negativt vedtak fra klageinstansens side fører til at tiltaket likevel ikke kan realiseres. Forholdet til plan- og bygningsloven og spørsmålet om tiltaket «kan realiseres» avgjøres derfor først ved klageinstansens endelige vedtak. Hadde lovgiver ment å ta stilling til dette spørsmålet som er komplekst og kan være av stor betydning for tiltakshaver, finner jeg det naturlig at dette ville gått klarere frem av forarbeidene enn en ren henvisning til en «foreløpig tillatelse».

På denne bakgrunn finner jeg det mest naturlig å lese forarbeidenes omtale av «foreløpige tillatelser» slik at lovgiver ikke tar uttrykkelig stilling til om det er kommunens vedtak eller fylkesmannens klagesaksavgjørelse som danner utgangspunkt for treårsfristen.

Omtalen av fristregelen i forarbeidene avsluttes slik:

«Bygningsmyndighetenes hovedvurdering av prosjektet skal være skjedd når rammetillatelse gis, derfor bør det være det avgjørende tidspunktet.»

Begrepet «*byggningsmyndighetene*» favner om både kommunen og fylkesmannen som klageinstans. Denne avsluttende presiseringen kan altså indikere at rammetillatelsen først anses gitt når byggningsmyndighetenes endelige vurdering foreligger. På samme måte som ved bruken av «*foreløpige tillatelser*» finner jeg det imidlertid vanskelig å tillegge lovgiver en bestemt oppfatning av et såpass komplekst spørsmål uten sikrere holdepunkter i forarbeidene.

I det siterte utdraget redegjøres det også for hva som skjer videre i søknadsprosessen etter at den «*foreløpige tillatelsen*» er gitt. Etter dette tidspunktet er det i det vesentlige tiltakshavers ansvar «*å få fastlagt detaljene i saken, slik at myndighetene kan gi den endelige tillatelse, også avklaring i forhold til andre myndigheter*».

Tiltakshaveren pålegges med andre ord en aktivitetsplikt for å sikre videre fremdrift i søknadsprosessen. Aktivitetsplikten omfatter arbeidet med å fastlegge detaljer i saken, typisk detaljprosjektering og utforming av søknad om igangsettingstillatelse. Mer relevant for forståelsen av treårsfristens utgangspunkt er at tiltakshaver skal sørge for «*avklaring i forhold til andre myndigheter*».

Det er naturlig å forstå «*andre myndigheter*» i lys av at den «*foreløpige tillatelsen*» avgjør forholdet til plan- og bygningsloven. Aktivitetsplikten overfor «*andre myndigheter*» vil da omfatte vurderingen av tiltaket opp mot andre regelsett enn plan- og bygningsloven, for eksempel forholdet til brann- tekniske krav. En slik forståelse synes også i tråd med begrepsbruken i pbl. § 95a andre ledd.

Klageinstansbehandlingen kan derimot neppe regnes som en avklaring i forhold til *andre myndigheter*. Det er som nevnt klageinstansbehandlingen som endelig «*avgjør at tiltaket, i forhold til plan- og bygningsloven, kan realiseres*», og da klageinstansen på samme måte som kommunen tar stilling til søknaden om rammetillatelse, er det naturlig å se disse prosessene i sammenheng. Dette underbygges av at klagen til fylkesmannen er initiert av andre enn tiltakshaver, og at tiltakshaver ikke kan påvirke fremdriften i klagesaksbehandlingen. Det blir i en slik situasjon kunstig å snakke om at tiltakshaver har en aktivitetsplikt i denne forbindelse.

Jeg er etter dette ikke enig med departementet i at forarbeidene skal forstås slik at kommunens vedtak om rammetillatelse danner utgangspunkt for treårsfristen i § 96 første ledd. Forarbeidene gir slik jeg leser dem, ingen avgjørende holdepunkter for noen av friststarttidspunktene. Jeg mener likevel visse uttalelser i forarbeidene kan tas til inntekt for at treårsfristen først begynner å løpe etter fylkesmannens endelige vedtak i saken.

#### 4. Sammenhengen i regelverket

Formålet bak treårsfristen er å sikre at godkjente byggearbeider kommer i gang innen rimelig tid etter

at tillatelse er gitt. Eksisterende tillatelser vil kunne vanskeliggjøre arealplanleggingen i en kommune, og nye krav og standarder vil ikke uten videre kunne gjøres gjeldende overfor allerede gitte tillatelser. Ved å begrense tidsrommet tiltakshaver har til rådighet reduseres faren for at tiltakshaver innvilges en tillatelse uten konkrete planer om å bygge. Gode grunner kan således tale for at rammetillatelser ikke skal gjelde for et lengre tidsrom enn nødvendig.

Selv om en begrensning av rammetillatelsenes varighet vil ivareta formålet bak bestemmelsen, er jeg ikke uten videre enig i at slike formålsbetraktninger gir veiledning i når fristen tar til å løpe. Tidsrommet som går med til klagesaksbehandlingen, ligger utenfor tiltakshavers kontroll, og han er således uten mulighet til selv å påskynde prosessen, uavhengig av hvilke konkrete planer han har om å iverksette tiltaket. Slik jeg ser det er det vel så naturlig å bruke de hensyn som ligger bak treårsfristen som et argument for at forvaltningens klagesaksbehandling ikke bør trekke langt ut i tid. Tiltakshavers berettigede forventning om å få sin sak endelig avgjort innen rimelig tid vil da også ivaretas.

Etter mitt syn kan man derfor ikke trekke noen avgjørende argumenter ut fra formålene bak fristbestemmelsen. På bakgrunn av departementets svarbrev hit finner jeg grunn til å nevne at hvis departementet mener at tidsforløpet skaper for stor usikkerhet, vil det være naturlig å vurdere fristens lengde, ikke fristens utgangspunkt, i forbindelse med den pågående lovrevisjonen. En reduksjon av varigheten av rammetillatelsens gyldighet vil ramme samtlige tiltakshavere likt, og vil unngå den ulike belastningen som vil følge av en regel hvor tidsforløpet medgått til klagesaksbehandling inngår i fristberegningen. Som departementet selv er inne på, vil bygningslovens foreslåtte frist for klagesaksbehandlingen også kunne bidra til å øke forutberegneligheten for plan- og byggningsmyndighetene. Jeg understreker at jeg ikke har tilstrekkelig oversikt for å vurdere om det kan være andre forhold som taler mot en eventuell endring av fristens lengde i § 96 første ledd, første punktum.

Dersom fristregelen i § 96 første ledd skal forstås slik departementet har lagt til grunn, og treårsfristen løper fra kommunens innvilgelse av søknad om rammetillatelse, vil fristen i realiteten ha forskjellig varighet for tiltakshaverne, avhengig av om tillatelsen påklages eller ikke, og hvor lang tid klagebehandlingen eventuelt tar. Departementet fremholder at klagesaksbehandlingen kun unntaksvis vil medføre problemer av denne art. Slik jeg ser det, vil det da kunne være desto viktigere å ivareta rettighetene til personer som rammes på denne måten. I ytterste konsekvens kan en klagebehandling ta over tre år, slik at treårsfristen for å sette i gang tiltaket faktisk har løpt ut før spørsmålet om rammetillatelsen skal innvilges er endelig avgjort.

Avventer tiltakshaver utfallet av klagesaksbehandlingen, vil forvaltningens saksbehandlingstid

kunne gjøre det vanskelig og av og til umulig for ham å «*sette i gang*» tiltaket innen utløpet av treårsfristen. På tidspunktet for kommunens vedtak vet ikke tiltakshaver om forvaltningens endelige standpunkt vil være at tiltaket er lovlig eller ikke. Den forventningen han er gitt gjennom kommunens positive vedtak er kun i liten grad beskyttet selv om det senere viser seg at tiltaket er i tråd med gjeldende regelverk.

En regel som pålegger tiltakshaver å påta seg risikoen forbundet med å basere seg på kommunens tillatelse, fremstår som lite velfundert. Fylkesmannen skal foreta en reell prøving i klageomgangen, og kan prøve alle sider av saken, herunder ta stilling til nye opplysninger, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Får klagesaksbehandlingen det utfallet at rammetillatelsen oppheves, vil tiltakshaver i utgangspunktet selv måtte bære de utgiftene han har pådratt seg.

Departementet gjør i svarbrevet hit oppmerksom på kommunen og fylkesmannens mulighet til av eget tiltak å gi oppsettende virkning og på denne måten avbryte treårsfristen. Selv om jeg ser at denne kompetansen etter sin art kan benyttes til å motvirke de mest urimelige resultatene, finner jeg det likevel kunstig at oppsettende virkning - som i utgangspunktet skal hindre at et vedtak gjennomføres før en klage er behandlet - skal brukes til å beskytte den retten som er gitt i vedtaket. Tiltakshaveren vil også være prisgitt at bygningsmyndighetene rent faktisk benytter seg av denne kompetansen, for at langvarig saksbehandling i klageomgangen ikke skal få betydning for hans rettsposisjon.

Reglene om erstatning vil kun i begrenset grad beskytte tiltakshaveren. Dersom tiltakshaver avventer fylkesmannens klagesaksbehandling, kan han etter omstendighetene få økonomisk kompensasjon for sine pådratte utgifter i anledning saken. Forvaltningens erstatningsplikt er likevel langt fra absolutt, og prosessen med å få utbetalt erstatning kan være lang og ressurskrevende. Kompensasjonen tiltakshaveren vil ha krav på, vil uansett kun i begrenset grad veie opp for bortfallet av rammetillatelsen.

Viktigere er det at tiltakshaveren på det tidspunktet arbeidet må iverksettes, ikke vet resultatet av fylkesmannens klagesaksbehandling. Treffer fylkesmannen et negativt vedtak i saken, ligger det i lovens system at tiltak som iverksettes med støtte i kommunens rammetillatelse utføres på tiltakshaverens egen risiko. Utgifter forbundet med disse tiltakene erstattes da ikke.

Begynner treårsfristen derimot først å løpe ved fylkesmannens stadfestelse av kommunens rammetillatelse, vil avklaringen av forholdet til plan- og bygningsloven markere fristens utgangspunkt. Det vil da være opp til tiltakshaveren å sikre fremdriften i prosessen, og han vil ikke være avhengig av forhold utenfor sin kontroll eller av at han må påta seg risikoen forbundet med et mulig negativt utfall i klagebehandlingen. En slik løsning synes også forenlig med formålet om å unngå innvilgelse av rammetilla-

telser uten at det foreligger konkrete byggeplaner. Videre unngås den situasjonen at tiltakshaver for å ivareta sin rett må investere ressurser i arbeid i tillit til en tillatelse som det er en ikke ubetydelig fare for at senere faller bort som følge av klageinstansens behandling av saken.

På bakgrunn av departementets argumentasjon i brevet hit 4. juni 2007 nevner jeg for ordens skyld at jeg kun begrenser meg til å drøfte forholdet til påklagede rammetillatelser. Saken foranlediger ingen drøfting av iverksetting av tiltak med støtte i en påklaget igangsettingstillatelse.

### 5. Oppsummering og konklusjon

På denne bakgrunn har jeg kommet til at de beste grunner taler for at treårsfristen i plbl. § 96 første ledd begynner å løpe først på det tidspunkt hvor det foreligger et endelig vedtak i saken.

Denne vurderingen bygger jeg på bestemmelsens ordlyd, på uttalelsene i forarbeidene til fristbestemmelsen, samt det forhold at den motsatte regelen vil pålegge tiltakshaveren en ikke ubetydelig byrde og gjøre ham avhengig av forhold utenfor hans kontroll. Selv om det etter det opplyste er sjelden klagesaksbehandlingen trekker så langt ut i tid at tidsforløpet får stor innvirkning på treårsfristen, vil forvaltningens saksbehandlingstid under enhver omstendighet gå ut over tiltakshaveren. Uten klare holdpunkter i § 96 første ledd og i bestemmelsens forarbeider har jeg vanskelig for å se at en slik løsning var tilsiktet fra lovgivers side.

Fylkesmannen bes vurdere sitt vedtak på nytt i lys av de synspunkter jeg har gjort rede for foran. Jeg ber om å bli holdt orientert om den fornyede vurderingen.»

Fylkesmannen omgjorde deretter sitt vedtak i saken og stadfestet kommunens igangsettingstillatelse.

## 80.

### Bruksendring til fritidsbolig

(Sak 2006/592)

*Et bryggerhus hadde vært brukt som bolig frem til midten av 1970-tallet. A søkte om bruksendring fra bolig til fritidsbolig. Fylkesmannen avsto å dispensere fra kommuneplanens LNF-formål samt fra byggeforbudet i strandsonen etter plan- og bygningsloven § 17-2.*

*Fylkesmannens vurdering tok utgangspunkt i at bygningen hadde stått tom i 30 år og ikke lenger kunne anses som bolig. A hevdet at bygningen ikke kunne miste sin «status» som bolig ved å stå tom.*

*Ombudsmannen pekte på at plan- og bygningsloven § 87 annet ledd bokstav e retter seg mot endring av bruken av eiendommen. Bruken av en eiendom er ikke en egenskap ved eiendommen, men et uttrykk for eierens/brukerens disposisjoner, og vil naturlig*

*nok kunne forandres over tid. Da bygningen ikke hadde vært benyttet som bolig siden 70-tallet, fant ombudsmannen det vanskelig å kritisere at fylkesmannen ikke tok utgangspunkt i bruk som bolig ved vurderingen av dispensasjonsspørsmålet.*

A kjøpte eiendommen gnr... bnr..., X, i Sarpsborg kommune fra en av sine grandonkler høsten 2001. På eiendommen var det fra begynnelsen av 1900-tallet to bygninger som begge ble brukt som boliger. Den minste bygningen ble fra midten av 1970-tallet stående tom på grunn av daværende eieres manglende behov for to boliger, i tillegg til at boligstandarden ikke tilfredstilte tidens krav. A foretok etter overtakelsen en omfattende opprustning av den minste bygningen med sikte på å kunne leie den ut som fritidsbolig. Tiltakene ble utført uten forutgående søknad og tillatelse.

A søkte senere kommunen om tillatelse til bruksendring fra bolig til fritidsbolig. Tillatelsen var avhengig av dispensasjon fra kommuneplanens LNF-formål samt fra byggeforbudet i strandsonen etter plan- og bygningsloven § 17-2, som også omfatter bruksendring, jf. § 87 nr. 2 bokstav e. Kommunen la ved dispensasjonsvurderingen til grunn at bygningen var et uthus/anneks/bryggerhus og ikke en bolig. Begrunnelsen for dette var at eiendommen var registrert som anneks til bolig i det såkalte GAB-registeret. Kommunen fant videre at det ikke forelå «særlige grunner» for å dispensere fra kommuneplanen og plan- og bygningsloven § 17-2 for bruksendring til fritidsbolig, og avslø følgende søknaden.

Advokat B påklaget på vegne av A avslaget til Fylkesmannen i Østfold. Han gjorde i hovedsak gjeldende at det er bruken av en bygning gjennom tiden som er avgjørende for om bygningen er et bolighus, ikke hva som står i GAB-registeret. Bakgrunnen for ønsket om at bygningen skulle anses som bolig, var at dispensasjonsvurderingen da ville ha et annet - og for søkeren gunstigere - utgangspunkt enn om det var tale om å gjøre om et bryggerhus/anneks/uthus til fritidsbolig.

Fylkesmannen i Østfold vurderte i klagesaken først om den aktuelle bygningen var et bolighus eller «en sekundærbygning som ikke regnes som en selvstendig boenhet». Det kunne etter fylkesmannens mening ikke legges ensidig vekt på GAB-registeret ettersom registeret ikke var helt nøyaktig og eierne ikke ble informert da registeret ble opprettet. Mye talte for at bygningen var bebodd som bolig inntil midten av 1970-tallet, men at bruken som bolig opphørte på dette tidspunktet. Fylkesmannen mente det dermed måtte legges til grunn «som en faktisk forutsetning at forholdene har endret seg ved at tidligere etablerte bruk har opphørt». Hun var ikke enig med klageren i at bygningen, til tross for at den hadde stått tom i 30 år, måtte anses som bolig. Fylkesmannen viste til at bygningen ble oppført som sekundærbolig/bryggerhus, og at kommunen etter 1970 hadde avsatt området til LNF-formål. Videre viste fylkes-

mannen til at kommuneplanen er bindende for alle tiltak og bruksendringer som finner sted etter vedtakelsen av planen, og at det at bygningen hadde stått tom i 30 år, måtte medføre at «det i denne saken dreier seg om bruksendring fra en sekundærbygning som ikke regnes som en selvstendig boenhet, til fritidsbolig for utleie». Fylkesmannen vurderte til slutt om det var grunnlag for å dispensere fra arealbruksformålet i kommuneplanen og bruksendringsforbudet i § 17-2, men fant at så ikke var tilfelle.

På vegne av A brakte advokat B saken inn for ombudsmannen.

Advokaten fremholdt at «spørsmålet i saken er om et bolighus kan miste sin status som bolig etter plan- og bygningsloven ved å stå tomt». Advokaten gjorde oppmerksom på at den aktuelle bygningen under sakens gang hadde vært benevnt som anneks/bryggerhus/sekundærbolig, til tross for at den hadde vært bebodd frem til midten av 1970-tallet og var innredet som bolig helt frem til opprustningen. Bygningens karakter av å være våningshus viste seg blant ved at den lå på andre siden av veien i forhold til «hovedvåningshuset», og at den i sin helhet fremtrådte som atskilt i forhold til hovedbølet. Videre opplyste advokaten at X ble skilt ut som egen eiendom i 1954, og at det samme år ble avholdt en takst over eiendommen, der det fremgår at våningshuset hadde en grunnflate på 42 m<sup>2</sup> og var innredet med to rom og kjøkken.

Advokaten gjorde gjeldende at det ikke kunne legges avgjørende vekt på at bygningen hadde stått tom eller hvordan den var registrert i GAB-registeret. Etter hans mening, måtte det korrekte være å ta utgangspunkt i at bygningen utvilsomt hadde tjent som våningshus på eiendommen helt frem til midten av 1970-tallet. Problemstillingen måtte da være hva som skulle til for å endre status på bygningen. Han viste til at det rettslige utgangspunktet i plan- og bygningsloven er bygningens formål, og tilføyde: «For bygninger som er oppført før bygningsloven - og tatt i bruk før dette tidspunkt - må den faktiske og historiske bruk legges til grunn, selv om bygningen ikke nødvendigvis holder moderne boligstandard.» Videre fremholdt advokaten at lovlig bruk før lovens ikrafttredelse også var lovlig bruk etter ikrafttredelsen, og at beboelsen av et bolighus kunne gjenopptas uten at det måtte søkes om bruksendring. Betegnelsen som bryggerhus i GAB måtte etter advokatens mening anses som en feilregistrering uten rettslig betydning. At eiendommen hadde stått tom i lengre tid, endret ikke bygningens status siden et bolighus ikke kan skifte status til uthus uten at det søkes om bruksendring. Når det gjaldt fylkesmannens henvisning til rettsvirkningene av kommuneplanen, presiserte advokaten at bygningen var lovlig i bruk som bolig før vedtakelsen av kommuneplanen, og at dette måtte være avgjørende.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere med Fylkesmannen i Østfold. I tillegg til anførselene som fremgår av saksfremstillingen ovenfor, ble det i

foreleggelsen for fylkesmannen innledningsvis vist til at bygningen i SEFRAK-registeret (Sekretariatet for registrering av faste kulturminner) var registrert under samlebetegnelsen for «hus for fast bosetting knyttet til landbruk, fiske og fangst» med den opprinnelige funksjonen «hus for grovere koking, slakting, baking, vask m.v.». Det ble spurt hva det innebar at boligen bare kunne nyttes som bryggerhus. Fylkesmannen ble deretter spurt hvilken sekundær funksjon hun mente bygningen hadde hatt i forhold til våningshus nr. 1.

Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre nærmere for standpunktet om at «saken måtte vurderes som bruksendring fra en sekundærbygning som ikke regnes som selvstendig bolig». Det ble spurt om det forelå rettskilder som ga grunnlag for en slik tolking. Til slutt ble det spurt hvilken betydning området, bebyggelsens art og bygningenes standard kunne ha ved avgjørelsen av eiendommens faktiske status.

Fylkesmannen i Østfold svarte følgende på spørsmålet om hva det innebar at bygningen kun kunne nyttes som bryggerhus:

«Fylkesmannen har lagt til grunn og legger til grunn at bygningen ble oppført som en sekundærbolig/et bryggerhus, men at den etter hvert ble tatt i bruk som et bolighus frem til 70-tallet. Det siteres fra vårt vedtak i den forbindelse:

*Fylkesmannen legger derfor til grunn at bryggerhuset trolig var lovlig brukt som bolig før 1970-tallet da det ikke var samme krav til å søke om bruksendring som det er i dagens system.*

Selv om bygningen nå er omgjort til fritidsbolig for utleie, kan ikke dette medføre at bygningen nå er å oppfatte som en selvstendig boenhet, verken som bolighus eller fritidsbolig. Vi legger til grunn at bryggerhuset fortsatt er å anse som et uthus/sekundærbolig. Vi har ikke innfortolket noen spesiell bruk av uthuset i form av at det fortsatt skal benyttes som et «avlastningsbygg» til våningshuset, slik opprinnelig bruk av et bryggerhus var - selv om betegnelsen bryggerhus er brukt.»

Fylkesmannen vurderte deretter eiendommens status i dag:

«Problemstillingen er etter Fylkesmannens oppfatning ikke et spørsmål om hvor mye som skal til for at en bygning ikke regnes som en bolig på grunn av manglende bruk, men mer et spørsmål om rettsvirkningene av en kommuneplan for en bygning som har vært benyttet i strid med opprinnelig formål/annerledes enn opprinnelig tenkt. Vi viser i den forbindelse til KRDs sak 2000/287, som gjaldt noe av den samme problemstilling. I denne saken er problemstillingen noe annerledes og ytterligere komplisert, ved at bygningen er oppført og bruksendring er foretatt på en tid da plan- og bygningslovens regler ikke gjaldt.

Bygningen er oppført som et bryggerhus, som på den tiden var et uthus for grovere koking, slakting, baking, vask m.v. Bygningen ble etter dette tatt i bruk som en bolig/våningshus nr. 2 på eiendommen. Det ble imidlertid ikke søkt om

bruksendring fra uthus til bolig, da dette var på en tid da det ikke var krav om det i lovgivningen. Fylkesmannen har derfor i vår vurdering ikke kunnet fastslå at bruken som bolig var *ulovlig*. Vi kan imidlertid ikke se at bygningens rettslige status ble endret ved denne endring i faktisk bruk, og dette er vesentlig for vår vurdering. Fylkesmannen anså altså ikke at bygningen ved den faktiske bruk ble å anse som et bolighus. På det tidspunkt kommuneplanens rettsvirkninger (LNF) trådte i kraft, var da heller ikke bygningen i bruk som bolig. Bygningen sto nå tom og bruken som bolighus var opphørt - bygningen var også forfalt og ikke lenger egnet som bolighus.»

Advokaten kom med merknader til fylkesmannens svar. Han konstaterte at fylkesmannen korrekt hadde lagt til grunn at bygningen var lovlig brukt som bolig frem til midten av 1970-tallet, men mente at det da ble feil å bruke betegnelsen bryggerhus/sekundærbolig for å begrunne at bygget ikke var et bolighus. Han viste videre til at det bodde to familier på stedet inntil 1970-tallet, og mente at dette måtte bety at det var to bolighus på eiendommen. Videre mente advokaten at dette ble bekreftet av takstprotokollen fra 1954, som beskrev to våningshus og ikke noen sekundærbolig eller bryggerhus.

Advokaten mente at det var vanskelig å følge fylkesmannens argumentasjon når det gjaldt spørsmålet om hvilken status bygningen hadde i dag. Han fremholdt at det ikke var dekning i saksdokumentene for at bygningen opprinnelig ble oppført som bryggerhus, og viste igjen til at den hadde vært anvendt som bolig i generasjoner samt innredet som bolig. Videre presiserte advokaten at det ikke kunne være betegnelsen, men derimot bygningens funksjon, som var avgjørende.

Advokaten anførte at fylkesmannen tok feil når hun la til grunn at bygningens rettslige status ikke ble endret ved endringen i faktisk bruk. Han viste til at den faktiske bruk var avgjørende for en bygnings rettslige status før bygningsloven av 1965 trådte i kraft. Dersom en bygning var tatt i bruk som bolig og innredet deretter, hadde bygningen etter advokatens mening både faktisk og rettslig status som bolig.

Det kunne videre etter advokatens mening ikke være avgjørende at bygningen ikke var i bruk som bolig da kommuneplanen trådte i kraft. Han fremholdt at et bolighus ikke opphørte å være bolig selv om bruken som bolig opphørte, og at det da var uten betydning om det ble vedtatt en kommuneplan for området eller ikke. Kommuneplanen kunne ikke hindre at en lovlig bruk før kommuneplanens ikrafttreden fortsatte etter det aktuelle tidspunktet. Han presiserte at saken dreide seg om «et småbruk med to våningshus, hvorav begge har vært brukt og innredet som boliger før kommuneplanen trådte i kraft». Kommuneplanen kunne da ikke være til hinder for at denne bruken fortsatte.

**Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Det er uomtvistet at bruksendringen til fritidsbolig er i strid med kommuneplanens LNF-formål og bruksendringsforbudet i plan- og bygningsloven (pbl.) § 17-2, og derfor er avhengig av dispensasjon etter pbl. § 7. Uenigheten gjelder hvilken bruk - eller rettere sagt bruksformål - en skal ta utgangspunkt i ved bruksendringsvurderingen. Fylkesmannen har tatt utgangspunkt i at bygningen hadde «før-status» som uthus/anneks/bryggerhus, mens klageren mener huset var å anse som en bolig. Klageren mener at det skal mindre til for å dispensere for bruksendring fra bolig til fritidsbolig enn fra uthus til fritidsbolig ut fra en slags «fra det mer til det mindre-betraktning».

Fylkesmannen har lagt til grunn som et faktum at bygningen var bebodd som bolig inntil midten av 1970-tallet, og synes heller ikke å ha bestridt at den var innredet som bolig. Jeg forstår dette slik at fylkesmannen mener det avgjørende må være at bygningen opprinnelig ble oppført som et bryggerhus og ikke som en selvstendig boenhet, og at bruken som selvstendig bolig for lengst er opphørt. Videre har fylkesmannen vist til at bruk som selvstendig bolig strider mot kommuneplanen som ble vedtatt i 1985.

Til støtte for sitt standpunkt har fylkesmannen vist til en uttalelse fra Miljøverndepartementet fra år 2000 (sak 00/287). Uttalelsen gjaldt omdisponering av en eiendom fra bolig til hospits i et område som var regulert til boligformål. At eiendommen tidligere var godkjent til hospits og brukt til dette formålet før den (igjen) ble tatt i bruk til bolig, forhindret ikke at bruksendringen var i strid med reguleringsformålet og derfor krevde dispensasjon. Med utgangspunkt i plan- og bygningsloven § 31, som regulerer virkningen av en reguleringsplan, skrev departementet:

«Etter bestemmelsene i plan- og bygningsloven § 31 om rettsvirkningene av en reguleringsplan er en endelig reguleringsplan straks bindende for alle tiltak som er nevnt i lovens §§ 81, 86a, 86b og 93 innenfor planens område. Grunnen kan heller ikke på annen måte taes i bruk til formål som vil vanskeliggjøre gjennomføringen av planen. Rettsvirkningen av planen inntreffer fra det tidspunkt av når den er endelig vedtatt. Reguleringen griper ikke inn i den eksisterende bruk av en eiendom, men hindrer utvidet bruk som ikke er i samsvar med reguleringen. En forstår den foreliggende sak slik at den aktuelle eiendommen, som er regulert til boligformål, etter en tid med kommunens godkjenning, ble omdisponert til hotell (hospits) og at eiendommen deretter på ny ble nyttet til bl.a. boligformål. Dersom eiendommen nå igjen ønskes nyttet til hotell, hvilket er i strid med gjeldende regulering, må det igjen søkes om dispensasjon fra denne da gjeldende boligregulering er til hinder for at eiendommen nyttes til hospits.»

Den rettsoppfatningen departementet her gir uttrykk for, må være riktig, og har også interesse for nærværende sak, slik fylkesmannen har fremhevet. At lovlig bruksutnyttelse i X fremgår av arealdelen til kommuneplan, og ikke av reguleringsplan, kan jeg ikke se har avgjørende betydning, idet også en kommuneplan er bindende for arealutnyttelsen, jf. pbl. § 20-6 og § 87 annet ledd bokstav e som inkluderer «bruksendring, vesentlig utvidelse eller vesentlig endring av tidligere drift».

For bygningen i saken her innebærer dette at tilbygg, påbygg eller andre slike tiltak som er nevnt i pbl. § 93 må være i samsvar med LNF-formålet i kommuneplanen for å kunne gjennomføres lovlig uten dispensasjon. Eiendommen vil kunne brukes som før, selv om bruken er i strid med reguleringsformålet. Lovens § 87 rammer bare *endring* av bruken. Skjæringstidspunktet for vurderingen av bruken vil naturlig måtte være ikrafttredelsen av planen. Da planen ble gitt i 1985, hadde bygningen ikke vært benyttet som bolig siden 70-tallet, og denne bruken ble heller ikke senere gjenopptatt. Det kan da vanskelig kritiseres at fylkesmannen ikke tok utgangspunkt i bruk som bolig ved vurderingen av dispensasjonsspørsmålet.

Både ved behandlingen av forvaltningssaken og under saksforberedelsen ved mitt kontor er problemstillingen i saken til dels blitt formulert som et spørsmål om bygningens rettslige karakter eller status, dvs. om bygningen var et bolighus eller bryggerhus/uthus, og om statusen ble endret etter at bygningen var fraflyttet. Dette er etter mitt skjønn ikke en treffende måte å se saken på, idet man da benytter begreper som ikke fremgår av loven. Bruken av en eiendom er ikke en egenskap ved eiendommen, men et uttrykk for eierens/brukerens disposisjoner og vil naturlig nok kunne forandres over tid. Selv om eieren gjennom en årrekke har brukt eiendommen på en bestemt måte, har han ikke av den grunn noe krav på å gjenoppta bruken dersom han en periode har benyttet eiendommen til andre formål. Det samme må gjelde dersom en bygning blir fraflyttet og stående tom over tid. En bruk over mange år gjør det naturlig nok lettere å fastslå hvilken bruk som er etablert, og som dermed lovlig kan fortsette uavhengig av senere planer. Det er nok også slik at man ved langvarig bruk lettere godtar (kortere) avbrudd uten at bruken anses som bortfalt. Men noen rett ut over dette, og som nærmest hefter ved eiendommen, gir bruken ikke.

Heller ikke den omstendighet at bruken som bolig var lovlig etablert både før strandsoneforbudet og kommuneplanen ble gitt, og at noen bruksendring ikke er registrert, kan etter mitt skjønn tillegges betydning. Det avgjørende må være den faktiske utnyttelsen av eiendommen, og i saken her var det mange år siden huset var benyttet som bolig.

Det jeg her har anført, får betydning både i forhold til kommuneplanen og strandsoneforbudet, idet det i begge tilfeller er spørsmål om å vurdere endring av bruken.



Jeg har etter dette ikke grunnlag for å rette innvendinger mot at fylkesmannen i dispensasjonsvurderingen tok utgangspunkt i at huset ikke lenger ble brukt som bolig. Hvorvidt huset sto helt tomt eller i større eller mindre grad ble brukt som lagringsplass, har jeg ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på.»

## 81.

### Riving og gjenoppføring av fritidsbolig i Tjøme kommune

(Sak 2006/470)

*Etter at fylkesmannen som klageorgan hadde avslått en søknad om riving og gjenoppføring av en fritidsbolig i Tjøme kommune, søkte tiltakshaver på ny om tillatelse. Vedlagt søknaden fulgte en 3D-modell som skulle gi et bedre grunnlag for å vurdere søknaden. I tillegg fremholdt tiltakshaver at én av to protesterende naboer hadde trukket sin protest, og at fylkesmannens miljøvernnavdeling muntlig hadde opplyst at et positivt vedtak i kommunen ikke ville bli påklaget. En av naboene klaget hit og mente at kommunen ikke hadde anledning til å ta den nye søknaden til behandling.*

*Ombudsmannen kom til at det ikke forelå noen nye omstendigheter i saken som tilsa at søknaden kunne realitetsbehandles på nytt av kommunen etter at fylkesmannen hadde avslått den første søknaden. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.*

Ekteparet B (heretter bare «tiltakshaver») søkte 16. desember 2003 om riving og gjenoppføring av fritidsbolig i Tjøme kommune. To av deres naboer, C og A, protesterte mot tiltaket.

Den omsøkte fritidsboligen hadde en fasadelengde som oversteg kravene til fasadelengde i kommuneplanens arealdel. Tiltaket var bl.a. på grunn av dette avhengig av dispensasjon etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 7.

Tjøme kommune, Hovedutvalg for plan og miljø, behandlet tiltakshavers søknad i møte 23. mars 2004 etter å ha vært på befaring på eiendommen. Utvalget anbefalte å gi dispensasjon fra kommuneplanens arealdel, og sendte saken til fylkeskommunen og fylkesmannens miljøvernnavdeling til uttalelse.

Både fylkeskommunen og fylkesmannens miljøvernnavdeling frarådet at dispensasjon ble gitt. Frarådningsen ble begrunnet med at det omsøkte bygg brøt med byggestilen i området, og at tiltaket ville være i strid med de rikspolitiske retningslinjene for Oslofjorden fordi det ville få en svært fremtredende og dominerende plass i landskapsbildet.

Saken ble tatt opp til behandling av Hovedutvalget for plan og miljø i møte 29. juni 2004, og det ble vedtatt å gi dispensasjon fra kommuneplanens bestemmelser om fasadelengde.

Naboene C og A påklaget kommunens dispensasjonsvedtak. Fylkesmannen i Vestfold tok klagen til

følge og omgjorde 1. desember 2004 kommunens vedtak. Fylkesmannen kom til at det ikke forelå særlige grunner til å dispensere fra kommuneplanen, og avslø etter dette dispensasjonssøknaden.

Tiltakshaver ved ansvarlig søker kontaktet deretter fylkesmannen og hevdet at tiltaket, dersom det ble sett i riktig målestokk og i 3D-format, ville fremstå annerledes enn fylkesmannen hadde lagt til grunn i sin vurdering. På denne bakgrunn ønsket tiltakshaver å vite om fylkesmannen ville se på saken på nytt dersom en slik modell ble fremlagt.

Fylkesmannen sa seg villig til å gjennomgå saken en gang til dersom tiltakshaver la frem en modell av det omsøkte tiltaket. I fylkesmannens svarbrev ble det imidlertid påpekt at det skal mye til før fylkesmannen endrer sitt endelige vedtak i en klagesak.

I brev 23. juni 2005 til Tjøme kommune søkte tiltakshaver på ny om byggetillatelse og tilhørende dispensasjon til gjenoppføring av fritidsbolig på eiendommen. Tiltaket, slik det var beskrevet i den nye søknaden, var identisk med tiltaket beskrevet i søknaden 16. desember 2003 og som ble endelig avslått ved fylkesmannens vedtak 1. desember 2004. Denne gangen hadde imidlertid tiltakshaver lagt ved en modell av det omsøkte tiltaket.

Tiltakshaver anførte i søknaden at det forelå tre nye opplysninger i saken. For det første ble det anført at fylkesmannens miljøvernnavdeling nå ville unnlate å påklage et positivt vedtak. For det andre ble det anført at den vedlagte modellen var en ny opplysning i saken. Endelig ble det vist til at én av naboene som hadde protestert på søknaden 16. desember 2003, nå hadde trukket sin klage.

I vedtak 26. juli 2005 ga Tjøme kommune byggetillatelse og dispensasjon. Hva gjelder adgangen til å ta søknaden opp til fornyet vurdering, står følgende i vedtaket:

«På bakgrunn av uttalelser fra fylkesmannen og at flere naboer nå er svært positiv til planene legges saken frem for ny behandling.»

A påklaget i brev 9. august 2005 denne tillatelsen. Klagen var blant annet begrunnet med at det ikke var grunnlag for å ta søknaden opp til ny realitetsbehandling.

Arbeiderpartiets gruppe i hovedutvalget for plan og miljø, krevde lovlighetskontroll av kommunens vedtak, jf. kommuneloven § 59. Kravet om lovlighetskontroll var begrunnet med at kommunens vedtak var beheftet med saksbehandlingsfeil. En av feilene som ble anført var at det ikke forelå nye omstendigheter i saken, og at kommunen dermed ikke hadde adgang til å ta saken opp til fornyet behandling.

I vedtak 16. februar 2006 tok fylkesmannen stilling til As klage og kravet til lovlighetskontroll. Fylkesmannen kom til at det ikke var lovstridig av kommunen å ta søknaden opp til ny behandling, og ga følgende begrunnelse:

«Fylkesmannen vil påpeke at kommunen er forpliktet til å behandle den nye søknaden. Dersom det ikke foreligger nye opplysninger i saken, kan kommunen avvise saken. I motsatt fall må den realitetsbehandle søknaden på vanlig måte. I dette tilfellet mente kommunen at søkers opplysninger var relevante for saken og fant derfor å kunne ta denne opp til en ny realitetsvurdering. Dette er en skjønnsmessig vurdering som det tilligger kommunen å ta stilling til. Det er derfor ikke lovstridig av kommunen å realitetsbehandle den nye søknaden all den tid en mener det er framført nye opplysninger i saken.»

A klaget hit 8. mars 2006. I klagen ble det anført at tiltakshavers nye søknad 23. juni 2005 ikke tilførte saken noe nytt, og at en endring av fylkesmannens vedtak 1. desember 2004 bare kunne skje ved en eventuell omgjøringsavgjørelse fra fylkesmannens side. Klager viste videre til at kommunen i realiteten hadde behandlet det samme saksforholdet på nytt, og at denne vurderingen måtte kunne prøves av fylkesmannen.

Klagen med vedlegg ble gjennomgått her sammen med sakens dokumenter innhentet fra fylkesmannen, og det ble besluttet å undersøke saken nærmere. Fylkesmannen ble bedt om å utdype hvordan og på hvilken måte tiltakshavers søknad 23. juni 2005 skilte seg fra den opprinnelige søknaden. Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for om en kommune uten videre kan innvilge en søknad som etter sitt innhold er identisk med en tidligere søknad som fylkesmannen etter klagebehandling har avslått. I den grad kommunens kompetanse var begrenset, ble fylkesmannen anmodet om å angi hvilke begrensninger som gjelder for adgangen til å ta den nye søknaden til behandling.

Fylkesmannen ble dernest bedt om å redegjøre for bakgrunnen for at spørsmålet om det foreligger nye opplysninger i saken, skal være et «skjønnsmessig spørsmål som det tilligger kommunen å ta stilling til», og om dette innebar at fylkesmannen ikke kunne overprøve kommunens vurdering.

Under forutsetning av at det var anledning til å ta saken til ny realitetsbehandling, ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for i hvilken grad kommunen ved behandlingen av søknaden var bundet av fylkesmannens tidligere vedtak i saken.

I sitt svar bemerket fylkesmannen at hovedregelen er at kommunen ikke uten videre kan innvilge en søknad som er identisk med en søknad fylkesmannen som klageinstans tidligere har avslått. Det ble imidlertid påpekt at forvaltningsretten ikke har tilsvarende rettskraftsregler som sivilprosessen, og at det ikke var noe til hinder for at tiltakshaver sendte en ny søknad dersom han mente å kunne påvise nye særlige grunner eller dokumentere søknaden bedre.

Fylkesmannen fremholdt videre at det forelå relevante forhold som kunne begrunne at kommunen tok saken opp til ny behandling. Disse forholdene var den tilsendte modellen som bedre viste tiltakets

terrengtilpasning, miljøvernavdelingens endrede syn på saken og det at en av naboprotestene var trukket.

Hvis kommunen får inn en ny søknad, mente fylkesmannen kommunen måtte vurdere om de nye opplysningene var relevante for saken. Dersom så var tilfelle, hadde kommunen slik fylkesmannen så det, en i større grad plikt enn adgang til å ta søknaden opp til ny behandling. Fylkesmannen fremholdt videre at fylkesmannen ikke kan gå inn i denne vurderingen før saken eventuelt bringes inn som klagesak. På dette tidspunktet ville imidlertid fylkesmannen ha full kompetanse til å avvise saken dersom den ble ansett identisk med tidligere behandlet sak.

Fylkesmannen mente videre at kommunen sto fritt til å fatte nytt vedtak i saken dersom vilkårene for å realitetsbehandle saken på nytt ble ansett oppfylt. En endring av tidligere vedtak måtte likevel baseres på nye relevante opplysninger.

Avslutningsvis påpekte fylkesmannen at det om-søkte tiltaket ikke ville få negative konsekvenser for klager, og at vedtak i byggesaker ikke kan anses å være rettet mot eller direkte tilgodese naboer i relasjon til forvaltningsloven § 35.

Klagers advokat kom med nye innspill i brev 13. desember 2006 hvor det i det alt vesentligste ble vist til tidligere anførsler i saken.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Det sentrale spørsmålet i saken er om Tjøme kommune 26. juli 2005 kunne gi en byggetillatelse med tilhørende dispensasjon, når Fylkesmannen i Vestfold 1. desember 2004 hadde avslått en søknad med et innhold som i det alt vesentlige var likt søknaden som senere ble godkjent. Denne vurderingen vil bero på om fylkesmannens opprinnelige vedtak i saken har rettskraftsvirkninger, og i tilfelle hvilke. Spørsmålet har slektskap med omgjøringssspørsmål. Ved omgjøring er imidlertid problemstillingen om forvaltningsorganet kan omgjøre sitt eget vedtak. I denne saken er spørsmålet hvilken betydning det har at det på avgjørelsestidspunktet foreligger et endelig vedtak fra et annet og overordnet forvaltningsorgan i samme sak.

Domstolenes dommer og kjennelser har rettskraftsvirkninger, hvilket enkelt forklart betyr at saksforholdet avgjøres med endelig virkning. Dette innebærer dels at en rettskraftig avgjørelse uprøvet skal legges til grunn for en senere sak (rettskraftens positive funksjon), og dels at en slik avgjørelse er til hinder for at det senere kan fremmes en ny sak om det samme forhold (rettskraftens negative funksjon eller avvísingsfunksjonen). I denne saken er det særlig rettskraftens negative funksjon som er av interesse.

Det er omdiskutert om et forvaltningsvedtak har de samme rettskraftsvirkningene, og hvor langt de i tilfelle rekker. Et standpunkt som synes å ha bred oppslutning, er at nye søknader kan være begrunnet i

en ny politisk sammensetning i beslutningsorganene eller nye planbestemmelser for det aktuelle området, se i denne forbindelse f.eks. forvaltningskomiteens innstilling side 236 flg. Rettskildematerialet gir derimot sparsommelig veiledning i spørsmålet om forvaltningen kan og eventuelt har plikt til å behandle en søknad som er identisk med en tidligere behandlet søknad, uten at det foreligger nye omstendigheter i saken. Jeg nevner likevel at en ordning hvor forvaltningen har adgang eller plikt til å ta den nye søknaden til behandling, vil redusere betydningen av reglene om klagefrist og omgjøring.

I en uttalelse 18. januar 2006 drøftet Justisdepartementets lovavdeling enkelte spørsmål knyttet til kommunens kompetanse til å behandle en søknad når overordnet forvaltningsorgan tidligere har fattet vedtak i saken. Lovavdelingen la bl.a. til grunn at i saker med flere interessenter vil personer med mer avledede interesser enn søkeren - såkalte tredjepersoner - ikke ha noe egentlig krav på rettsbeskyttelse av sine interesser. På denne bakgrunn mente lovavdelingen at forvaltningen i slike saker i utgangspunktet vil ha plikt til å behandle nye søknader uavhengig av om det foreligger nye omstendigheter eller ikke.

Lovavdelingens uttalelse tar særlig sikte på å avklare forhold vedrørende *deling* etter jordlova § 12 annet ledd, *lemping på, fritak fra bo- og driveplikten* etter konsesjonsloven § 5 tredje ledd og *odelsloven § 27a*. Jeg er noe usikker på hvor langt lovavdelingens syn er ment å rekke, og er ikke uten videre enig i at en tilsvarende regel bør gjelde for nye søknader etter plan- og bygningsloven. Denne saken er imidlertid dårlig egnet til å drøfte den generelle rekkevidden av lovavdelingens uttalelse.

Fylkesmannen la i vedtaket 16. februar 2006 til grunn at kommunen som hovedregel ikke kan innvilge en søknad som er identisk med en søknad fylkesmannen som klageinstans har avslått. Jeg er enig med fylkesmannen i dette utgangspunktet. Avgjørende i denne saken vil i lys av dette være om den nye søknaden inneholdt opplysninger av en slik karakter at kommunen hadde adgang og evt. også plikt til å realitetsbehandle den, til tross for det tidligere avslaget.

Jeg understreker for ordens skyld at spørsmålet om de opplysningene søkeren fremlegger ved den nye søknaden virkelig er «nye», må kommunen i alle tilfelle ha plikt til å ta stilling til.

Fylkesmannen skrev i vedtaket 16. februar 2006 at spørsmålet om det foreligger nye opplysninger i saken, er en «skjønsmessig vurdering som det tillegges kommunen å ta stilling til». Det siterte kan forstås i retning av at fylkesmannen som klageinstans bare i begrenset grad kan overprøve hvorvidt nye opplysninger foreligger, for eksempel i tråd med forvaltningsloven § 34 annet ledd siste punktum. I brevet hit 15. november 2006 fremholder imidlertid fylkesmannen at han i en eventuell klagebehandling av kommunens vedtak har full kompetanse til å vur-

dere om det foreligger «nye» opplysninger i saken. Jeg forstår fylkesmannens brev 15. november 2006 slik at det gis uttrykk for at fylkesmannen som klageinstans har full prøvingskompetanse, noe som må være riktig. Finner fylkesmannen at det ikke er fremlagt «nye opplysninger», vil fylkesmannen altså ha plikt til å vurdere om søknaden skal avvises, uavhengig av hva kommunen har ment om spørsmålet.

Jeg går nå over til å se på spørsmålet om det forelå nye opplysninger i saken av en slik karakter at søknaden kunne realitetsbehandles på nytt, slik kommunen med tilslutning av fylkesmannen har lagt til grunn.

Spørsmålet om det forelå nye opplysninger, er noe knapt behandlet i Tjøme kommunes vedtak 26. juli 2005. Det ble vist til de nye opplysningene som tiltakshaver hadde trukket frem (referert foran på s. 2). Det het videre:

«På bakgrunn av uttalelser fra fylkesmannen og at flere naboer nå er svært positiv til planene legges saken frem for ny behandling.»

Kommunen synes imidlertid ikke å drøfte om disse opplysningene hadde en karakter som tilsa at det ikke var nødvendig å respektere fylkesmannens tidligere avslag. Ved behandlingen av As klage over kommunens nye vedtak, krevde Arbeiderpartiets gruppe i Hovedutvalget for plan og miljø at søknaden skulle avvises fordi den allerede var endelig behandlet av fylkesmannen. Noen begrunnelse for hvorfor saken likevel ble realitetsbehandlet, ble imidlertid ikke gitt, verken av administrasjonen eller flertallet i utvalget.

Det at fylkesmannens miljøvernavdeling muntlig opplyste at et positivt vedtak ikke ville bli påklaget, var et av forholdene som kommunen med tilslutning av fylkesmannen vurderte som en ny omstendighet. Fylkesmannens miljøvernavdeling frarådet 21. mai 2004 at tiltakshavers opprinnelige søknad ble innvilget.

Når kommunen tar en sak til ny behandling, er det kommunen selv som er beslutningstaker. Fylkesmannens miljøvernavdeling er én av de sektormyndigheter som skal gis anledning til å uttale seg før dispensasjon gis, jf. plbl. § 7 tredje ledd. Sektormyndighetenes syn er ikke avgjørende for bygningsmyndighetenes vedtak, og det kan stilles spørsmål om det forhold at et organ med uttalerett endrer syn på saken, kan regnes som en ny omstendighet som åpner for fornyet realitetsbehandling.

Selv om det neppe kan utelukkes at et endret syn fra sektormyndighetens side i enkelte saker kan være en ny omstendighet, er det vanskelig å se at miljøvernavdelingens endrede syn i denne saken kan karakteriseres på den måten. Skal et endret syn fra sektormyndighetens side tillegges betydning som en ny omstendighet som åpner for en fornyet behandling av saken, må det i det minste være på det rene at miljøvernavdelingen faktisk har endret syn på søkna-

den. Alminnelige prinsipper om god forvaltnings-skikk og hensynet til etterprøvbarhet av uttalelser og innstillinger tilsier at et endret syn fra sektormyndigheten tilkjennegis skriftlig, gjerne med en begrunnelse for det endrede standpunktet. Bygningsmyndighetene kan i hvert fall ikke bygge på et muntlig utsagn om at det kan sees bort fra et tidligere negativt vedtak i saken.

Kommunen - med tilslutning av fylkesmannen - synes dessuten å ha akseptert som en ny omstendighet i saken at én av to naboer som tidligere hadde protestert mot tiltaket, trakk protesten i forbindelse med tiltakshavers nye søknad 23. juni 2005. Jeg bemerker for ordens skyld at det ikke foreligger dokumentasjon på at flere av naboene er positive til tiltaket - slik det er opplyst i kommunens vedtak 26. juli 2005.

Det omsøkte tiltaket var avhengig av dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, bl.a. fordi det var i strid med kommuneplanens krav til fasadelengde. Tiltaket må således først og fremst vurderes opp mot kommuneplanen, og det er ikke nødvendigvis slik at naboenes interesser og oppfatning av søknaden er utslagsgivende. Det er videre på det rene at den andre naboen, A, har fastholdt sin protest, slik at det fortsatt foreligger innsigelser fra berørte naboer. På denne bakgrunn kan jeg vanskelig se at det forhold at én av naboene har trukket sin protest, utgjør en ny omstendighet som kan åpne for ny realitetsbehandling av søknaden.

Endelig synes kommunen - med tilslutning av fylkesmannen - å ha lagt til grunn at modellen som tiltakshaver vedla den nye søknaden, var en ny omstendighet i saken. Heller ikke her kan jeg følge fylkesmannens syn. Selv om en modell kan gi et bedre grunnlag for å vurdere søknaden, må det legges til grunn at forvaltningen allerede ved første gangs behandling av søknaden hadde fremskaffet den informasjon som var tilstrekkelig for å behandle søknaden på en forsvarlig måte, jf. kravene til sakens opplysning i fvl. § 17. Modellen kan således ikke sies å bidra med ny informasjon i saken, og den kan da heller ikke utgjøre en ny omstendighet.

Jeg kan etter dette ikke se at det forelå noen nye omstendigheter i saken som tilsa at saken kunne realitetsbehandles på nytt etter at fylkesmannen hadde avslått den første søknaden.

Saken ser ut til å ha kommet inn i et uheldig spor etter at fylkesmannen i brev 24. februar 2005 åpnet for å se på saken på nytt dersom tiltakshaver presenterte en modell av tiltaket. Det er naturlig å forstå fylkesmannen slik at det i dette brevet ble vist til fylkesmannens omgjøringskompetanse etter fvl. § 35. Kommunen synes derimot å ha forstått fylkesmannen slik at fremleggelse av en modell åpnet for en ny behandling i kommunen, jf. kommunens brev 26. mai og 9. juni 2005 til hhv. fylkesmannen og tiltakshaver. Denne misforståelsen kunne med hell vært oppklart på et tidligere tidspunkt.

I lys av de forhold det er redegjort for ovenfor,

ber jeg fylkesmannen vurdere saken på nytt og holde meg underrettet om utfallet av den fornyede behandlingen av saken.»

## 82.

### Søknad om oppføring av ilandstigningsbrygge og trapper

(Sak 2006/2296)

*Saken gjaldt søknad om oppføring av ilandstigningsbrygge og trapper på øy i en kommune i Aust-Agder. Fylkesmannen i Telemark opphevet etter klage fra Fylkesmannen i Aust-Agder kommunens tillatelse til tiltakene.*

*Ombudsmannen uttalte at fylkesmannens manglende befarings var en saksbehandlingsfeil, og at det var uklart om fylkesmannen hadde tatt hensyn til alle relevante momenter i dispensasjonsvurderingen. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på ny.*

Festerne av to bebygde fritidseiendommer søkte om bygging av felles ilandstigningsbrygge på 10 m<sup>2</sup> på kommunal grunn. Kommunen, som grunneier, hadde tidligere godkjent bryggesøknaden under forutsetning av at bryggeanlegget var felles for eiendommene. Senere søkte grunneierne også om bygging av et trappearrangement på ca. 80 cm bredde med rekkverk og en lengde på mindre en 10 meter. Dette for å lette tilkomsten til eiendommene fra bryggen. Begge hyttene hadde hvert sitt båtfeste som lå i nærheten av den omsøkte bryggen. Miljøvern avdelingen hos Fylkesmannen i Aust-Agder og fylkeskommunen frarådet de omsøkte tiltakene. Kommunen avslø først søknaden, men etter klage fra tiltakshaverne ga kommunen dispensasjon fra plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 17-2 for begge tiltakene.

Fylkesmannen i Aust-Agder påklaget vedtaket. Kommunen ga klagen oppsettende virkning, men tok ikke klagen til følge. Fylkesmannen i Telemark, som settefylkesmann, omgjorde kommunens tillatelse til begge de omsøkte tiltakene. Fylkesmannen fremholdt at det fremgikk av forarbeidene til den tidligere strandplanloven at hovedregelen var at eier av bebygd eiendom som ligger til sjøen har krav på å kunne anlegge brygge for atkomst fra sjø. I og med at klagerens eiendommer ligger ca. 120 meter fra sjøen la fylkesmannen til grunn at unntaket i § 17-2 tredje ledd nr. 3 ikke kom til anvendelse. Fylkesmannen kunne heller ikke se at det forelå særlige grunner etter pbl. § 7 for å dispensere i denne saken. Det ble vist til at det er sterke allmenne interesser i området knyttet til naturopplevelser og friluftsliv, og at en brygge og trapper vil virke privatiserende. Klagerens henvisning til deres spesielle behov i forhold til at de begge hadde funksjonshemmede barn ble ikke tillagt vekt.

Klagerne brakte saken inn for ombudsmannen. Prinsipalt ble det anført at det forelå feil rettsanvendelse, idet den omsøkte bryggen vil sikre eiernes at-

komst og at den derfor falt inn under plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3. Subsidiært ble det fremholdt at det forelå «særlige grunner», jf. plbl. § 7 for å dispensere fra byggeforbudet både i forhold til brygge og trapper.

Saken ble forelagt Fylkesmannen i Telemark. Under henvisning til klagerens anførsel om at det var uklart hvilket plangrunnlag som var lagt til grunn, idet fylkesmannen «synes å ha akseptert» Fylkesmannen i Aust-Agders beskrivelse av området som «friluftsområde», ble fylkesmannen bedt om å kommentere plansituasjonen.

Fylkesmannen ble videre bedt om å utdype konklusjonen om at plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3 ikke kom til anvendelse. Det ble stilt spørsmål om fylkesmannen mente at det var hyttas plassering og avstand fra strandlinjen som var avgjørende for om unntaksbestemmelsen kom til anvendelse og ikke om eiendommene hadde tilstrekkelig atkomst. Forholdet til plbl. § 66 nr. 1 ble også bedt kommentert.

Klagerens spørsmål om en brygge i lys av de to eksisterende båtfestene rent faktisk vil føre til økt privatisering og om landskapsbildet vil bli endret slik fylkesmannen fremholdt, ble bedt kommentert. Det ble vist til klagerens opplysninger om at disse eiendommene var de to eneste av nærmere 100 hytteeiendommer hvor det ikke eksisterte brygger for atkomst. Fylkesmannen ble i den sammenheng bedt om å vurdere klagerens anførsel om at konsekvens- og presedenshensyn talte for dispensasjon. Klagerens opplysninger om at bryggen var plassert «på et område som i utgangspunktet ikke er egnet til ilandstigning, eller til å brukes på en annen måte fra naturens side», og at en slik plassering vil «gjøre det lettere for allmennheten å bruke området», ble bedt kommentert. Det ble i den forbindelse stilt spørsmål om hvordan fylkesmannen stilte seg til anførselen om at «omsøkte tiltak frigjør arealer som gjennom femti år ikke har vært tilgjengelig for allmennheten» ved at de får mulighet til ilandstigning. Det ble vist til tiltakshavernes opplysninger om at de kan sette opp skilt som synliggjør allmennhetens tilgang til området.

Fylkesmannen ble også bedt om å kommentere klagerens anførsler om at helsemessige forhold utgjør en særlig grunn og krav stilt i regelverket til atkomst og utforming/tilgjengelighet (universell utforming).

Klagerens uttalelse om at det omsøkte trappearrangementet i realiteten dreide seg om istandsetting av tidligere trappearrangement, at dette sikret forsvarlig atkomst og gjorde området mer brukbart for allmennheten, ble bedt kommentert samtidig.

Avslutningsvis ble det bedt om en redegjørelse for hvorfor fylkesmannen ikke hadde vært på befaring.

Fylkesmannen svarte at det i klageavgjørelsen var lagt til grunn at tiltaket lå i 100-metersbeltet langs sjøen og at «området fremstår som udisponert i kommuneplanen».

Fylkesmannen fremholdt videre at forutsetningen for at unntaket i plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3 skulle komme til anvendelse var om eiendommen faktisk hadde strandlinje. Plbl. § 66 nr. 1 kom etter fylkesmannens syn ikke til anvendelse. Dette fordi eiendommen hadde atkomst ved festeavtalen med kommunen som ga rett til båtfeste. Spørsmålet var således om atkomsten kunne forbedres ved bygging av brygge.

Henvisningen til at klagerne var de eneste to hytteeiendommene innenfor kommunegrensen hvor det ikke eksisterer brygge for atkomst, ga i følge fylkesmannen ingen automatisk rett til oppføring av brygge på stedet. Videre mente fylkesmannen at eksisterende båtfeste ga tilstrekkelig atkomst.

Fylkesmannen viste deretter til at området i strandsonen var «beskrevet som nærmest urørt og dette er i seg selv verdifullt». Det avgjørende var ikke om allmennheten benyttet seg av området i dag, men om området var egnet til slik bruk selv om det var vanskelig tilgjengelig fra sjøsiden. Etter fylkesmannens mening var det aktuelle området attraktivt og «svært godt egnet til bading, soling og andre friluftaktiviteter». Fylkesmannen fastholdt at bryggen ville virke privatiserende på allmennhetens bruk av området, noe byggeforbudet i standsonen skal avverge. Det forhold at byggetiltaket ikke ville virke estetisk og landskapsmessig skjemmende var ikke avgjørende for fylkesmannen. Søkernes opplysning om at allmennheten ville kunne bruke brygga ble ikke vurdert som en tilfredsstillende løsning på bakgrunn av forbudet i friluftsløven § 7. Dersom kommunen ønsket å gjøre området mer tilgjengelig var det kommunens oppgave å sikre dette ved for eksempel å bygge en kommunal brygge for allmennheten. De helsemessige forholdene i saken og hensynet til fremkommelighet for funksjonshemmede ble fremhevet som et viktig hensyn som måtte vurderes opp mot områdets rekreasjons- og naturopplevelsesverdier. Det ble påpekt at en privat brygge og også et trappearrangement som omsøkt ville bli liggende der i mange år, og utgangspunktet ble derfor at tiltaket måtte vurderes i et tidsperspektiv utover den enkeltes eiertid. I denne sammenheng fant ikke fylkesmannen at de helsemessige forholdene var en særlig grunn.

Fylkesmannen mente videre at trappearrangementet ville bli fremtredende i landskapet, og at det måtte kunne legges til rette for en tilfredsstillende sikker atkomst opp til hyttene uten at det innebar slike inngrep som omsøkte.

Til slutt bemerket fylkesmannen at eiendommer/områder som hovedregel befares før vedtak fattes, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 (fv1.) § 17. I denne saken fant fylkesmannen at de mottatte bildene sammen med beskrivelser, kart og tegninger gjorde at saken var tilstrekkelig opplyst.

Klagerne anførte deretter at fylkesmannen fortsatt la til grunn et uriktig faktum/overså relevante forhold, samt baserte vedtaket på uriktig rettsanvendelse.

I forhold til dispensasjonsvurderingen ble det bl.a. fremholdt at fylkesmannen hadde unnlatt å kommentere presedensforholdene, og hvorfor det ikke utgjorde en særlig grunn, og/eller usaklig forskjellsbehandling at klagerne er de eneste som ikke har tilgang til brygge. Fylkesmannens rettsoppfatning om betydningen av det helsemessige forholdet i saken var i følge klagerne ikke forankret i lov, forarbeider, juridisk teori eller reelle hensyn. Hensvisningen til at en brygge ville bli liggende der utover den enkeltes eiertid ville i følge klageren antakelig føre til at helsemessige forhold vanskelig kunne tillegges vekt i saker som gjaldt bygninger, anlegg og konstruksjoner da disse som regel hadde en lengre levetid enn den enkeltes eiertid. I så fall innebar dette at helsemessige forhold ikke utgjorde en særlig grunn, hvilket var i strid med forarbeidene og forvaltningspraksis. Det ble i den sammenheng vist til at det var anledning til å gi midlertidige dispensasjoner.

Klagerne presiserte at en tillatelse «bidrar til å frigjøre arealer som pr i dag ikke (kan) nyttes av allmennheten, ved å samle de to båtfestene til en mindre ilandstigningsbrygge», og at disse hensynene var «helt fraværende i FMs behandling av saken».

Det ble opplyst at søknaden gjaldt en 10 m<sup>2</sup> brygge og ikke en brygge på 10 meter slik fylkesmannen hadde lagt til grunn, og at allmennheten var kjent med at området eies av kommunen.

I forhold til trappene ble det fremholdt at dette ikke var å anse som vesentlig i forhold til bl.a. plbl. § 84 og dermed ikke søknadspliktig. Det ble anført at trappene skal ligge på kommunens grunn og bidra til at tiltakshaverne og allmennheten kan ferdes i området på en forsvarlig og sikker måte. Tiltaket vil heller ikke være synlig fra sjøen, og det fremsto derfor som en gåte hvordan det kan hevdes å være «fremtredende i landskapet».

I etterfølgende brev hit beklaget fylkesmannen at vurderingen var basert på en 10 meters brygge istedenfor 10 m<sup>2</sup>, men feilen hadde ikke hatt betydning for utfallet i saken. Det ble fastholdt at befaring ikke ville ha brakt noe nytt i saken.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Befaring

Det følger av forvaltningsloven § 17 første ledd at forvaltningen skal påse at saker som gjelder enkeltvedtak er «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Hvilke undersøkelser som i den enkelte sak må gjøres for å oppfylle utredningsplikten, vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Av og til vil det være tilstrekkelig at saken avgjøres på bakgrunn av de dokumenter som foreligger. Undertiden gjør sakens art og de problemer og tvistesporsmål den omfatter det nødvendig å foreta befaring. Behovet for befaring vil avhenge av en helhetsvurdering av sakens faktiske forhold ut fra den dokumentasjon

som foreligger. Det kan vanskelig oppstilles faste retningslinjer for når befaring skal foretas.

Hovedspørsmålet i denne saken er om den omsøkte bryggen og trappearrangementet vil være til hinder for allmennhetens interesser, herunder om området i dag er privatisert og tilgjengelig for allmennheten og den visuelle virkningen av tiltakene. Det er uenighet om de faktiske forhold i saken. Omfanget av trappearrangementet, herunder om det hovedsakelig er tale om restaurering eller nybygging nødvendiggjør kunnskap om omfanget av de trappene som ligger der i dag. Jeg kan vanskelig se at de dokumenter, fotografier og tegninger som kommunen og fylkesmannen har sendt inn, gir et tilstrekkelig bilde av forholdene på stedet i dag (båtfeste /trapper) eller at det ut fra tilgjengelig dokumentasjon er mulig å danne seg et klart bilde av hvilken betydning de omsøkte tiltakene vil få rent visuelt og for allmennhetens bruk av området. Dette taler for at fylkesmannen burde ha foretatt befaring. Unnlattelsen av dette er etter min mening en saksbehandlingsfeil. Det kan vanskelig utelukkes at denne feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 17.

### 2. Plangrunnlag

Ut fra fylkesmannens svar hit finner jeg å kunne legge til grunn at fylkesmannen har betraktet området som udisponert og at den omsøkte bryggen og trappearrangementet er i strid med plbl. § 17-2 og således avhengig av dispensasjon.

### 3. Plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3

I følge lovens ordlyd gjelder ikke byggeforbudet i strandsonen «brygge på bebygd eiendom til sikring av eierens eller brukerens atkomst».

I dette tilfellet har eierne av to fritidsboliger på festet grunn søkt om å bygge brygge på kommunens ubebygde eiendom, en eiendom som etter det opplyste ikke omfattes av festeavtalen og som har et eget bnr. Omsøkte tiltak faller således ikke inn under ordlyden i unntaket i § 17-2 tredje ledd nr. 3. En slik forståelse fremgår forutsetningsvis av ombudsmanens uttalelse inntatt i årsmeldingen for 1987 side 170 det der det ble uttalt at denne unntaksbestemmelsen ikke kom til anvendelse i en sak der det var søkt om oppføring av brygge på en «ubebygd parsell, mens klagerens hytteeiendom lå ca. 100 m inn fra strandkanten».

### 3. Plbl. § 66 nr. 1

Jeg deler fylkesmannens standpunkt om at plbl. § 66 ikke kommer til anvendelse idet saken gjelder bebygd eiendom som må sies å ha lovlig atkomst ved festeavtale som gir rett til båtfeste.

#### 4. Dispensasjonsvurderingen plbl. § 7 - bryggen

Fylkesmannen har lagt til grunn at bryggen vil bli bygget på et område som er «nærmest urørt» og at området er «egnet til bruk» av allmennheten selv om området er vanskelig tilgjengelig. Det fremgår av sakens dokumenter at det i dag er to båtfester på det aktuelle stedet. Hver av klagerne har sine båter liggende der. Omsøkte brygge på 10 m<sup>2</sup> med den utforming og fargebruk som fremgår av de tilsendte tegninger/dokumenter må således vurderes opp mot de to båtfestene som er der i dag. Spørsmålet er bl.a. om oppføring av bryggen og fjerning av de to båtfestene vil frigi arealer for allmennheten og muliggjøre ilandstigning slik at området kan benyttes.

Jeg kan ut fra beskrivelsen av de eksisterende båtfestene vanskelig se at den omsøkte bryggen vil bli langt mer privatiserende enn dagens innretninger (båtfestene). Ut fra den beskrivelse klagerne har gitt, er det mye som tyder på at området i dag er utilgjengelig for allmennheten og at det ikke benyttes. Det forhold at klagerne ønsker allmennheten velkommen bl.a. ved å sette opp skilt om dette, tyder på at tiltaket vil bedre allmennhetens tilgang til området. I så fall kan jeg vanskelig se at fylkesmannens henvisning til friluftsløven § 7 er relevant. Et slikt skilt vil frata bryggen dens privatiserende karakter. Mye tyder derfor på at en fjerning av de eksisterende båtfestene og anleggelse av brygge med omtalte skilt vil frigi arealene og lette tilgangen for allmennheten. En befaring vil kunne belyse dette nærmere.

Formålet med bryggen er å sikre atkomsten for klagerne familier. De har begge handikappede barn med synshemming som etter det opplyste har dårlig balanse og rom- og retningssans. Slik jeg ser det, er dette et saklig hensyn å vektlegge i en sak som denne.

Opplysningene om at klagerne er de eneste av nærmere 100 hytteeiere på øyene i kommunen som ikke har tilgang til brygge synes også å være et relevant moment i dispensasjonsvurderingen. En tillatelse i denne saken vil, slik saken er opplyst, således vanskelig kunne skape presedens samtidig som det vil fremme likebehandling. Et slikt hensyn må imidlertid veies opp mot de øvrige relevante hensyn i saken, herunder formålet bak bryggeforbudet i strandsonen, som jeg, som nevnt, vanskelig kan se at gjør seg gjeldende med en slik tyngde som fylkesmannen har lagt til grunn.

#### 5. Dispensasjonsvurderingen plbl. § 7 - trappene

Det er søkt om å bygge/rehabiliterer trapper for å sikre atkomsten til hytta. Trappene er etter det opplyste tenkt bygget på det bratteste partiet, ved at jord og mose fjernes slik at trappene kan bygges helt inntil fjellet og boltes fast. Bredden er ca 80 cm og samlet lengde under 10 meter. Fargen er grålig og det er tenkt et rekkeverk på en eller begge sider. Formålet er å «muliggjøre en forsvarlig adkomst frem til hyt-

tene». Det er fra klagerne side anført at trappene neppe vil bli synlig fra sjøen.

Det fremgår at det tidligere var trestiger og trapper i området, og tiltaket er i følge klagerne i det vesentlige en istandsetting av disse. Det har ikke vært mulig for meg å få et klart bilde av i hvor stor grad dette dreier seg om istandsetting/rehabilitering eller nybygging. En befaring vil kunne avdekke dette, herunder hvor synlig tiltaket blir fra sjøen.

Slik tiltaket er beskrevet og ut fra de hensyn som fremkommer under pkt. 4, herunder det forhold at trappene også vil kunne gjøre området mer tilgjengelig for allmennheten, synes fylkesmannens vurdering å være for streng. På bakgrunn av opplysningene i saken, herunder tilsendte fotografier fra en av klagerne, er det tvilsomt om tiltaket vil virke så privatiserende og fremtredende som fylkesmannen har lagt til grunn. Ønsket om en sikker atkomst og hensynet til søkerens spesielle behov er relevante å vektlegge i en sak som denne. Forvaltningen vil kunne stille vilkår til utformingen av tiltaket, slik at det i tilfelle blir mindre fremtredende.

#### 6. Konklusjon

Vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil, idet fylkesmannen burde vært på befaring. Det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, da det er uklart om fylkesmannen har tatt hensyn til alle relevante momenter i dispensasjonsvurderingen på en tilfredsstillende måte. Jeg ber derfor fylkesmannen behandle saken på nytt i lys av ovennevnte merknader. Ved den nye behandlingen bør det foretas befaring i saken. Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

### 83.

#### Oppføring av «tretelt» på campingplass

(Sakene: 2006/634, 2006/691, 2006/739, 2006/745, 2006/751 og 2007/521)

*I forståelse med eieren av plassen oppførte en rekke campingvogneiere på slutten av 1980-tallet såkalte tretelt rundt vognene. Et «tretelt» er en varig konstruksjon av tre eller liknende materiale, og kommer i stedet for eller i tillegg til et tradisjonelt fortelt. Etter krav fra kommunen sendte vogneierne inn byggeomeldinger, og kommunen nedla i november 1991 midlertidig bygge- og deleforbud. Da forbudet løp ut to år senere, var det ikke utarbeidet reguleringsplan som forutsatt. Søknadene ble heller ikke tatt under behandling slik plan- og bygningsloven forutsatte. Først i 2003 ble området omregulert, og vedtak med pålegg om å fjerne konstruksjonene ble ikke truffet før i 2005.*

*Ombudsmannen konkluderte med at det var berettiget å anse tiltakene som søknadspliktige etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 93, men kritiserte*

*så vel saksbehandlingen som det rettslige grunnlaget påleggene var gitt på. Fylkesmannen hadde tatt utgangspunkt i regelsituasjonen da sakene ble behandlet, men likevel i den skjønsmessige dispensasjonsvurderingen lagt vekt på at sakene skulle vært behandlet av kommunen på et langt tidligere tidspunkt. Ombudsmannen viste til at kommunen hadde en lovbestemt plikt til å realitetsbehandle sakene snarest mulig etter at bygge- og deleforbudet løp ut i slutten av 1993, og at det da vanskelig kunne aksepteres at et regelgrunnlag, som kom til nærmere ti år senere, ble anvendt til skade for søkerne. Regelverket som gjaldt i 1993, skulle ha vært benyttet ved realitetsavgjørelsen av sakene, og fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

*For enkelte tretelt som var oppført senere på 1990-tallet, og hvor det verken var inngitt byggemelding eller søkt om tillatelse etter plbl. § 93, hadde ombudsmannen ingen merknader til at sakene ble avgjort på bakgrunn av det plangrunnlaget som ble vedtatt i 2003.*

Sakene gjelder oppføring av «tretelt» rundt campingvogner. Et «tretelt» er en innkledning av en campingvogn med varige materialer (tre/panel), slik at det oppnås et større beboelsesareal og mulighet for bedre isolering, særlig med tanke på helårscamping.

Klagerne som har henvendt seg til ombudsmannen, har alle plassert campingvogner med tretelt på området til X camping i Y kommune. Området treteltene står på, ble i 1980 regulert til spesialområde - campingplass. Undersøkelsen herfra har ikke rettet seg mot hvordan campingplassen ble drevet de første årene. Det er imidlertid på det rene at det i denne perioden ble oppført flere tretelt, og oppføringen av disse antok etter hvert et omfang kommunen ikke var tilfreds med. Det ble derfor holdt flere møter mellom kommunen og innehaveren av campingplassen for å få oppsettingen inn i ordnede forhold.

I april 1991 ble det arrangert et «sam-møte» mellom kommunen og eierne av ulike campingplasser der spørsmål om plassering og utforming av tretelt ble diskutert. Kommunen startet deretter arbeid med å utarbeide retningslinjer for oppsetting av tretelt på campingplassen. Arbeidet ble imidlertid ikke ferdigstilt.

I november 1991 tok kommunen spørsmålet om byggemeldinger opp i et brev til bl.a. eieren av X camping. Kommunen ga uttrykk for at den mente treteltene kom inn under plbl. § 93 og ga også uttrykk for at de var ulovlig oppført ettersom det ikke var gitt noen byggetillatelse for dem. Kommunen ba derfor om at det ble inngitt «byggjemeldingar» for treteltene. I motsatt fall ville kommunen vurdere ulovlighetssanksjoner. Etter dette innga flere tretelteiere, herunder en rekke av de som denne saken gjelder, byggemeldinger for treteltene. To tretelteiere innga søknad om tillatelse etter plbl. § 93.

Som respons på de inngitte byggemeldingene

vedtok kommunen i desember samme år et midlertidig bygge- og deleforbud for campingplassen, og anmodet samtidig eieren om å utarbeide ny reguleringsplan for området. Bygge- og deleforbudet ble påklaget, men ble stadfestet av Fylkesmannen i Rogaland i juni 1992. I løpet av 1993 startet grunneieren opp reguleringsarbeidet. Planprosessen hadde imidlertid ikke resultert i noen vedtatt plan da grunneieren døde i 1998. Endelig reguleringsvedtak ble truffet av kommunestyret i mai 2003. Kommunen hadde imidlertid allerede før dette gitt særskilte «Retningslinjer for campingplassar i Y kommune» ved vedtak i Teknisk styre i april 2001. Disse retningslinjene ga bestemmelser om utforming av terrasser og terrenggulv, og dessuten et absolutt forbud mot oppføring av tretelt. Retningslinjene er senere inngått i bestemmelsene til kommuneplanens arealdel, gitt av kommunestyret i september 2003.

Y kommune ga i januar 2005 forhåndsvarsel om pålegg om fjerning/retting og tvangsmulkt til campingplassgjestene. Saken ble behandlet av Teknisk utvalg i kommunen i juni 2005. For de treteltene som omfattes av klagen til ombudsmannen, ble det truffet vedtak om fjerning av innbygging av vogn og retting av tilbygg i samsvar med kommuneplanens arealdel. Det ble også truffet vedtak om tvangsmulkt på kr 100 pr. dag inntil pålegget ble oppfylt.

På vegne av ti tretelteiere klaget advokat A på kommunens vedtak. I tillegg klaget advokat B på vegne av én tretelteier. Fylkesmannen i Rogaland stadfestet i februar 2006 kommunens vedtak så langt det var påklaget.

Ved brev i mars 2006 brakte advokat A saken inn for ombudsmannen på vegne av 10 campingplassgjester. I tillegg klaget fire andre campingplassgjester hit på egen hånd. Under undersøkelsen av saken her, har advokat B tiltrådt klagen på vegne av ytterligere en campingplassgjester, C. En av eierne representert av advokat A trakk i ettertid klagen hit.

Med unntak av klagen fra advokat B, som innkom på et senere tidspunkt og etter at behandlingen av de øvrige sakene var påbegynt, er saksbehandlingen av samtlige klager blitt koordinert. De spørsmålene som gjør seg gjeldende og vurderingene av disse vil imidlertid ha betydning også for denne siste klagen.

Klagene ble i mai 2006 forelagt fylkesmannen. Sakene ble tatt opp på generelt grunnlag, men likevel slik at undersøkelsen særlig knyttet seg til de tiltakene som var utført i perioden 1988 til 1990, og som det ble søkt om tillatelse til i 1991. I brevet ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for blant annet følgende:

1. Fylkesmannen legger i avgjørelsene til grunn at det er «reglane på avgjerdstidspunktet som skal vera grunnlaget for avgjerda så lenge det er klart at tiltaket er ført opp etter at plan- og bygningsloven begynte å gjelda (1986)». Det er ønskelig å få en noe nærmere utdypning av dette standpunktet, særlig på grunnlag av saksbehand-



lingsregelen i plan- og bygningsloven § 95 nr. 1 og at plan- og bygningsloven er en «rettighetslov». Kan det være grunnlag for å fravike utgangspunktet om at det er reglene ved avgjørelsestidspunktet som gjelder, når det foreligger søknader som har ligget ubehandlet i kommunen i 14 år?

2. I vedtaket er ovennevnte spørsmål berørt i forbindelse med dispensasjonsvurderingen, og da i form av hva resultatet ville blitt om kommunen hadde avgjort sakene i forbindelse med at byggeforbudet løp ut. Fylkesmannen viser til at søknadene «sannsynligvis ikke ville blitt godkjent», og viser til skjønnhetsparagrafen i pbl. § 74 nr. 2. Det er ønskelig å få en noe nærmere redegjørelse for fylkesmannens standpunkt her.

3. Et hovedpunkt i klagen fra advokat A er at kommunen har opptrådt på en måte som har gitt tiltakshaverne forventninger om at «treeteltene» kunne bli stående, og at påleggene om fjerning er urimelige og uforholdsmessige. I denne forbindelse viser han til to høyesterettsdommer (Rt. 1979 s. 341 og Rt. 2002 s. 209). Det er ønskelig med en utdypning av fylkesmannens syn her. Kan det i løpet av de 15 årene som er gått fra kommunen ble klar over de ulovlige tiltakene, være skapt en situasjon hvor campingvogneierne har fått grunn til å tro at kommunens reguleringsplanarbeid ville resultere i tillatelser til tiltakene slik de er utført?

Fylkesmannen besvarte henvendelsen herfra i august 2006. I fylkesmannens svar het det blant annet:

«1. Fylkesmannen har lagt til grunn at det er et alminnelig utgangspunkt innenfor forvaltningen at rettsstilstanden på vedtakstidspunktet skal være grunnlaget for avgjørelsen. Dette prinsipp mener vi er fastslått både gjennom uttalelser fra Sivilombudsmannen og klagesaker for departementet, jf. blant annet Somb 87/162 (sak nummer 71).

En reguleringsplan er straks bindende for alle tiltak som nevnt i § 81, 86a, 86b, og 93 innenfor planens område, jf pbl § 31. Dette taler også for at en skal legge den reguleringsplanen som er gjeldende på vedtakstidspunktet til grunn for vurderingen.

Fylkesmannen har ved dispensasjonsvurderingen tatt hensyn til at sakene skulle vært behandlet på tidspunkt når bygge- og deleforbudet utløp etter den rettsstilstand som da var gjeldende. Fylkesmannen har derfor som del av dispensasjonsvurderingen vurdert tiltakene som ble bygget ut fra rettsstilstanden på tidspunktet hvor bygge- og deleforbudet utløp og funnet at det ikke ville vært sannsynlig at tiltakene ville bli godkjent på det tidspunkt. Fylkesmannen mener det ville være et tungveiende moment for å gi dispensasjon om tiltak som beskrevet i melding var sannsynlig at ville blitt godkjent i 1993. Vi finner her grunn til å presisere at dette ikke ville gjelde oppførte tiltak/nye tiltak som ikke er beskrevet i byggemeldingen.

Da Fylkesmannen har funnet at det ikke ville være sannsynlig at byggemeldingene ville bli godkjent, kan vi ikke se at det ville ført til et annerledes resultat om vi la rettsstilstand ved tidspunkt for utløp av bygge- og deleforbud til grunn ved vedtaket, jf forvaltningsloven § 41.

2. Som ledd i saksbehandlingen har Fylkesmannen foretatt en befaring av hvert enkelt til-

tak. Med andre ord er hvert enkelt tiltak gitt en konkret individuell vurdering. Felles for alle tiltakene hvor det er sendt byggemelding er at de består av bygningskonstruksjoner som overskrider campingvognen i volum/størrelse, og hvor mer eller mindre hele campingvognen er skjult av bygningskonstruksjonen. Med bakgrunn i at arealet var regulert til campingplass for campingvogner eller campinghytter på tidspunktet hvor meldingene skulle vært behandlet, mener Fylkesmannen det ikke er sannsynlig at omsøkte tiltak ville bli godkjent da de ville blitt funnet å være i strid med pbl § 74, 2. ledds krav til at bygningskonstruksjoner skal tilfredsstillende rimelige skjønnhetssyn.

Reguleringsplanen for X camping ble vedtatt i 1980 og det er på plankartet vist et område for campingplass. Det følger av reguleringsbestemmelsene at det er tillatt å plassere 12 campinghytter/vogner i dette området. Tilgrenset område er gjennom reguleringsplanen regulert til jordbruksområde. Fylkesmannen har lagt til grunn at vognplasser [det vises her til fire av campingplassgjestene som har klaget til ombudsmannen] har oppført konstruksjoner som ligger innenfor området regulert til campingplass. I tillegg til pbl § 74, 2. ledd, mener Fylkesmannen således det er klart at en ville ha hjemmelsgrunnlag i planbestemmelsene for å avslå melding som innsendt for de tiltakene som befinner seg her. Det følger av planbestemmelsenes § 18 at det som utgangspunkt ikke vil være tillatt å la campingvognene stå i tidsrommet 01.10-01.03 uten særskilt tillatelse. Dersom en definerer de innmeldte konstruksjoner som campinghytter bemerker Fylkesmannen at alle tiltakene har et bebygd areal i dag som langt overskrider § 18 sitt krav til at hyttene ikke skal bygges større enn 25-30 m<sup>2</sup>.

I 1986 ga bygningsrådet i Y kommune tillatelse til at et tilgrenset område til reguleringsplanens virkeområde ble omdisponert til areal for campingplass om landbruksmyndighetene samtykket til dette. Det fremgår av vedtaket fra teknisk styre at omdisponering ble tillatt under forutsetning av at området når som helst kunne tilbakeføres til jordbruksområde. Fylkeslandbruksstyre ga samtykke til dette den [medio mars 1986]. Sakspapirene inneholder et stiplede kart hvor hele neset er tegnet inn som campingplass. Vedtaket som ble fattet har ikke ført til en revisjon av reguleringsplanen hvor plankartet viser området som jordbruksområde. Kommuneplanen som var gjeldende ved tidspunktet da bygge- og deleforbudet utløp viser et noe større område for camping enn reguleringsplanens kart. Fylkesmannen la i vedtakene til grunn at [det vises her til fem av de andre campingplassgjestene som har klaget til ombudsmannen] hadde oppført tiltakene i område som i kommuneplankartet var vist som campingplass. Det er nå opplyst fra kommunen (jf mail mottatt her [... august 2006]) at den noe annerledes inntegningen på kommuneplankartet skyldes tekniske årsaker ift inntegning i slik målestokk. Fylkesmannen bemerker at dette synet ser ut til å bli bekreftet gjennom at kommuneplanen ikke er blitt revidert i samsvar med vedtaket fra 1986. Ut fra reguleringsplanen fra 1980, som ikke er opphevet, er dette tilgrensede område vist som jordbruksområde. For dette området har Fylkesmannen lagt til grunn at det ville vært sannsynlig at kommunen ikke ga tillatelse med den begrunnelse at tiltaket ville være i strid med pbl § 74, 2. ledd. Om en i tillegg ser

hen til at område er vist som jordbruksområde i reguleringsplanen legger Fylkesmannen til grunn at tiltakene også ville blitt avslått med bakgrunn i reguleringsplanbestemmelsenes § 18 som forbyr bebyggelse/faste anlegg/innretninger som ikke har direkte tilknytning til drift av landbruksarealet.

3. Fylkesmannen har vanskelig for å se at kommunen gjennom de skriv som er sendt ut har gitt tiltakshaverne forventninger om at «treteltene» kunne bli stående og campingvogneierne derfor har vært i god tro. Når det gjelder den kommunikasjonen som kommunen har sendt ut kan Fylkesmannen ikke se at det har vært individuelle forskjeller mellom de ulike klagesakene hvor byggemelding ble sendt. Variasjonen knytter seg i stor grad til den kommunikasjon som har vært mellom campingplasseier og den enkelte klager.

Fylkesmannen mener den informasjon som har vært mellom den enkelte klager og campingplasseier er et forhold mellom private parter som ikke kan være med å begrunne at klager har vært i god tro. Den informasjon campingplasseier eventuelt har gitt den enkelte campingvogneier i strid med gjeldene regelverk må klagerne i tilfelle ta opp med campingplasseier.

Kommunen sendte skriv til campingplasseier den ... mai 1991 hvor det ble understreket at bygningskonstruksjoner som var oppført krevde godkjenning av kommunen. Videre framgår det av skriv fra kommunen til campingplasseier den ... juni 1991 at de ved befaring ... mai 1991 har oppdaget at det er full byggaktivitet på campingplassen og ber om at denne aktiviteten blir stanset. På bakgrunn av de 14 byggemeldingene som var levert uttalte kommunen i vedtak den ... desember 1991 at de byggeanmeldte tiltakene var å anse som ulovlig oppført. Kommunen la ned bygge- og deleforbud i påvente av reguleringsplan. Etter dette er det mye korrespondanse mellom kommunen og campingplasseier hvor en purrer på innlevering av forslag til reguleringsplan. I skriv av ... juli 1997 til campingplasseier blir det bedt om at ulovlig bygging på campingplassen stoppes. ... april 2001 vedtar kommunen bestemmelser om hvilke type konstruksjoner som er tillatt å oppføre på campingplassene i kommunen.

Fylkesmannen har foretatt en individuell vurdering av om klager har vært i god tro i hver enkelt klagesak. Som ledd i saksbehandlingen foretok Fylkesmannen undersøkelse av om kommunen i kommunikasjon med den enkelte hadde foretatt noen «muntlige godkjennelser» av oppførte tiltak. Det fremgår av vedlagte redegjørelse at kommunen ikke har foretatt noen muntlig forhåndsgodkjennelse når det gjelder noen av klagerne. Sånn sett blir det påstand mot påstand når flere av klagerne hevder at ansatt i kommunen har gitt muntlig tillatelse til tiltak som oppført. Vi viser til vedlagte beskrivelse fra kommunens saksbehandler hvor det blant annet heter følgende:

«Etter å ha gått gjennom store mengder sakspapir for flere campingplassar i kommunen er det ingenting som tyder på at det har vore kontakt mellom gjestene og kommunen som skulle gi noko form for signal om at desse konstruksjonane ville verta godkjende slik dei var bygde. Derimot tyder alt på at det her er snakk om å bygge tretelt før kommune fekk utarbeidd retningslinjer for

korleis slike bygg skulle utførast for å verta godkjende. Mykje tyder på at desse då rekna med at reglar og føringar for kva som kunne godkjennast ikkje ville gjelde for dei. Det har i kommunen aldri vore praktisert noko munnleg godkjenning av bygg, så dersom nokon meiner at dei har fått bygga godkjende ved å ta kontakt med Y kommune må dette i beste fall bygge på ei misforståing.»»

Advokat A kom i september 2006 tilbake til saken. Han gjorde i det vesentlige gjeldende at treteltene var oppført uten kunnskap om at de kunne være ulovlige. Kommunens etterfølgende opptreden ga grunn til å tro at de kunne stå. Det var en alvorlig feil at kommunen bare hadde forholdt seg til campingplasseierne. Disse anså treteltene som lovlige, og hadde meddelt dette til klagerne. Det var all grunn til å tro at de tretelt som var oppført før høsten 1991, ville ha blitt godkjent hvis alt hadde forløpt som normalt. Til fylkesmannens redegjørelse for forholdet til pbl. § 74 nr. 2, ble anført at dette verken var et tema da byggverkene ble oppført eller senere. Det sentrale for kommunen hadde først fremst vært størrelse og antall vegger.

I forbindelse med avslutningen av saken herfra ble det funnet grunn til å stille ytterligere spørsmål til fylkesmannen. Fylkesmannen ble spurt om det for noen av de innsendte byggemeldingene ble krevd overgang til søknadsbehandling. Fylkesmannen ble dernest bedt om å redegjøre for betydningen av pbl. § 33 fjerde ledd for behandlingen av byggemeldingene. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvilket av kommunens vedtak som utgjorde avgjørelsen av byggesøknaden.

Fylkesmannen ble spurt om avgjørelsen av byggesøknaden tilfredsstilte kravet i pbl. § 95 nr. 1 om at bygningsrådet «snarest mulig» skulle behandle og avgjøre saken. I forbindelse med at fylkesmannen i svarbrevet la til grunn at vedtaket skulle bygge på rettstilstanden på vedtakstidspunktet, ble det videre spurt om det hadde noen betydning dersom saken ikke var avgjort «snarest mulig».

Fylkesmannen svarte i april 2007. Det het i svarbrevet blant annet:

«I skriv datert ... mai 1991 ble det gitt stoppordre etter pbl § 113 for tiltak som ble oppført på X camping.

Videre ble det i skriv datert [primo juni 1991] sendt forhåndsvarsel om pålegg om fjerning av oppførte tiltak om ikke ulovlig byggarbeid stoppet straks. Det blir i skrivet orientert om at kommunen anser oppførte tiltak å gå innunder pbl § 93, og derfor krever godkjenning av bygningsrådet før tiltak kan oppføres.

Y kommune sendte den ... november 1991 skriv til campingplasseierne hvor det blant annet heter følgende:

«Byg.r. har som nemnt tidlegare hevda at foran nemnte byggverk er bygg som kjem under § 93, 1. del, bokstaven a i plan- og bygningslova (Pbl), som skal byggjemeldast for bygningsrådet, og som treng bygningsrådet si godkjenning før det

kan oppførast. Dvs. at dei foran nemnte byggverk som er oppførte er ulovlege.»

Det er som Sivilombudsmannen påpeker sendt melding om tiltak ... november.

Bygningsrådet behandlet meldingene i møte ... desember 1991. I bygningsrådet sitt vedtak heter det blant annet følgende:

«Dei «fortelt» av tre eller av andre stabile materialer som er oppført og nå byggjemeldt, oppfatta bygningsrådet som byggverk som skal byggjemeldast og godkjennast av byg.r. før evt. arbeid vert påbyrja. Jfr. § 93 i plan- og bygningslova. Då dei nå byggjemeldte byggverka er oppført utan byg.r. si godkjenning er dei å oppfatta som ulovleg oppført.

Bygningsrådet meiner at det må fastsetjast i ein detaljert reguleringsplan for kva som evt. kan tillatast bygt i dette området. Byg.r. finn difor ikkje å kunna godkjenna dei ulovlege oppførte byggverka eller oppføring av nye slike bygg på næverande tidspunkt.»

Bygningsrådet la ned bygge- og deleforbud etter pbl § 33. De som hadde sendt melding ble orientert om dette vedtaket, jf kopi oversikt rekommanderte sendinger fra kommunen. Vedtaket ble påklaget til Fylkesmannen som stadfestet kommunens vedtak ... juni 1992.

Fylkesmannen påpeker at det ble stilt krav om søknad etter pbl § 93 allerede i forkant av at meldingene ble sendt. Videre fremgår det av kommunens vedtak av ... desember 1991 at den la til grunn at meldingene krevde behandling og godkjenning i bygningsrådet etter pbl § 93.

Det er campingplassseier som er blitt orientert om at tiltakene krevde behandling og godkjenning fra bygningsrådet etter pbl § 93. Fylkesmannen mener imidlertid det må legges til grunn at campingplassgjestene er blitt orientert om kravet om søknad siden de innenfor samme tidsperiode har sendt byggemelding etter forespørsel fra kommunen til campingplassseierne. Lite taler for at dette ville vært gjort om ikke kommunen hadde bedt om det. Videre må det legges til grunn at de som sendte byggemelding ble orientert om kommunens vedtak av ... desember 1991.

2. ...

Fylkesmannen kan ikke se at det foreligger grunnlag for å se ulikt på meldingene hvor det er krysset av for byggesøknad/melding, jf den generelle veiledningsplikten kommunen uansett har etter fvl § 11.

3. Fylkesmannen har lagt til grunn at kommunen sitt pålegg om retting ... juni 2005 må forstås som et avslag på de innleverte meldingene. Avgjørelsen av byggesøknaden tilfredsstillende ikke kravet i plan- og bygningsloven § 95, nr 1 om at bygningsrådet «snarest mulig» skal behandle og avgjøre søknaden. Denne saksbehandlingsfeilen har vært et moment i dispensasjonsvurderingen, jf vår uttalelse ... august 2006.

4. Vi viser til vår uttalelse ... august 2006, punkt 1. Vi kan ikke se at det ut fra rettskildesituasjonen foreligger grunnlag for å gjøre unntak fra prinsippet om at rettstilstanden på vedtakstidspunktet skal legges til grunn. Vi har imidlertid lagt stor vekt på om søknaden ville bli innvilget i 1993 ved vurderingen av om det burde bli gitt dispensasjon etter pbl § 7.

Ved klagebehandlingen gjennomførte Fylkesmannen befarings hvor hver enkelt camping-

gjest fikk mulighet til å møte. I tillegg møtte representant for kommunen. Ut fra de opplysningene kommunen har gitt, sammenholdt med de grunner som er anført av hver enkelt søker, mener Fylkesmannen det forelå tilstrekkelig grunnlag for å vurdere dispensasjon etter pbl § 7.

I de tilfellene det er aktuelt har tiltakshaver oppgitt grunner han mener bør grunngi en dispensasjon. Gjennom befarings ble den skriftlige klagen utdypet. Det er ikke i søknadene konkretisert hvilke regelverk det søkes dispensasjon fra, men vi mener det har fremstått som klart at det er reguleringsplanens bestemmelser om krav til utforming det søkes dispensasjon fra. Fylkesmannen legger til grunn at det i hvert fall ved klagebehandlingen forelå tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre dispensasjonsspørsmålet.»

Advokat A kom i mai 2007 tilbake til saken. Han ga bl.a. uttrykk for at fylkesmannen ikke hadde besvart spørsmålet om kommunen hadde krevd at noen av byggemeldingene skulle legges frem for bygningsrådet som søknadssak. Han ga uttrykk for at campingvogneierne oppfattet de meldte treteltene som lovlige. Eierne av campingplassen hadde da også i brev i januar 1992 til bygningsrådet gitt uttrykk for at de aktuelle campingvogneierne hadde vært i god tro.

Da byggemeldingene ble sendt, forelå det en reguleringsplan hvor det var avsatt plass til 12 vogner eller utleiehytter. Kommunen skulle derfor innen 3 ukers fristen tatt standpunkt til om det var meldinger av § 86 a-tiltak. Hvis kommunen ikke var enige i dette, skulle kommunen gitt melderne underretning om at det forelå vanlig søknadsplikt.

Det ble også under henvisning til den enkelte campingvogneiers forklaring bestridt at de som sendte byggemelding ble orientert om bygge- og deleforbudet i desember 1991. Ellers fastholdt advokaten at klagen ikke hadde fått en forsvarlig individuell behandling.

Det ble ikke under befarings diskutert individuelle forhold utover befarings av selve treteltobjektet.

Fylkesmannen har etter dette ikke hatt ytterligere merknader til saken.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning

De sakene som har vært gjenstand for undersøkelse herfra, er oppstått som følge av kommunens ønske om «opprydning» i forholdene rundt oppsetting av tretelt i tilknytning til campingvogner på kommunens campingplasser. Slike «opprydningsaksjoner» kan naturlig nok være på sin plass, og etter forholdene helt påkrevd for at bygningsmyndighetene skal fylle sine oppgaver etter plan- og bygningsloven. Samtidig må aksjonene gjennomføres innenfor de rammene som loven setter.

Fylkesmannen har behandlet klagen fra de enkelte tretelteierne for seg, og det er truffet ett klage-

vedtak for hver sak. Kommunen på sin side foretok en samlet vurdering av de ulike treteltsakene, og det er truffet ett vedtak, felles for alle sakene. Det er i og for seg ikke noe i veien for at kommunen og fylkesmannen organiserer sakene på noe forskjellig måte. Det sentrale må være at de krav som plan- og bygningsloven stiller til så vel saksbehandling som avgjørelsens materielle innhold, er tilfredsstillende for det enkelte vedtak. Hvert tiltak må med andre ord vurderes konkret.

Det rettslige grunnlaget for fylkesmannens vedtak i de ulike sakene er i stor grad sammenfallende, og jeg finner det praktisk å sammenfatte mitt syn på treteltsakene i én uttalelse felles for de ulike klagene hit. Sakene skiller seg imidlertid på enkelte punkter fra hverandre, og det er derfor nødvendig å kommentere visse forhold her nærmere.

## 2. Saker der det er inngitt byggemeldinger og -søknader

Gjenstanden for behandling i dette punktet er sakene til [... de klagerne som har ...] det til felles at det er inngitt meldinger om oppføring av tretelt, enten av nåværende eier eller av rettsforgjengeren.

Videre behandler jeg i dette punktet sakene til [... de to klagerne som ...] inngitt søknad om tillatelse etter plbl. § 93 for sine tretelt.

Fylkesmannen har for alle disse sakene tatt utgangspunkt i at de oppførte tiltakene var søknadsppliktige etter plbl. § 93. Hun konstaterer at det ikke i forkant av oppføringen var søkt om byggetillatelse, og at det er regelverket på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn. Selv om den enkelte søker ikke har fått mulighet til å levere formell søknad om dispensasjon, har kommunen vurdert om det er grunnlag for å gi tillatelse ut fra det regelverket som var i kraft på vedtakstidspunktet. Fylkesmannen har videre lagt til grunn at det korrekte måtte være å vurdere dispensasjon i forhold til reguleringsplanen for X camping ... mai 2003, i stedet for i forhold til kommuneplanens arealdel ... september 2003, slik kommunen hadde gjort.

### 2.1. Betydningen av at det er inngitt byggemelding, jf. plbl. § 86a

Fylkesmannen har som nevnt lagt til grunn at oppføring av treteltene krevde tillatelse etter plbl. § 93, og har særlig vist til Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-9/05 Båt på land og hus på vann. Det er pekt på at tiltaket har fått en mer permanent plassering på vognplassen. Fylkesmannen konstaterer at det ikke ble søkt om tillatelse i forkant av oppføringen, men gir også uttrykk for at søknad om tillatelse må vurderes som om bygningen ikke er oppført.

Det er på det rene at treteltene ble oppført før det ble søkt om - og gitt - noen tillatelse. Som bygningsmyndighetene har vært inne på gjennom hele saks-

gangen, er dette ulovlig og kan gi grunnlag for sanksjoner etter plan- og bygningsloven. Til tross for at kommunen flere ganger konstaterte at oppføringen av treteltene var ulovlig, valgte den ikke å gripe inn med ulovlighetssanksjoner etter plbl. kap. XIX. I stedet valgte den å kreve at samtlige tretelt ble «byggjemeldt» for bygningsrådet, jf. bygningsrådets brev ... november 1991. Jeg forstår saken slik at dette brevet ble sendt til eierne av campingplassene i kommunen, og således ikke til de ulike tretelteierne. Jeg har merket meg at kommunen i det samme brevet gjentar sitt syn om at treteltene var søknadsppliktige etter plbl. § 93.

Meldingsskjemaet som ble benyttet, var utformet slik at det kunne velges mellom to alternativer; søknad om byggetillatelse etter plbl. § 93 og melding om arbeid. For så vidt gjaldt det siste alternativet, var det igjen tre alternativer som refererte seg til de ulike hjemmelsgrunnlagene i plbl. for å inngi byggemelding. De som hadde krysset av for byggemeldingsalternativet, hadde alle krysset av for alternativet «mindre byggearbeid på bustadeigedom, § 86a». Enkelte hadde verken krysset av for byggemelding eller for søknad.

På det tidspunktet meldingene ble inngitt, lød plbl. § 86a første og annet ledd slik:

«Mindre byggearbeid på boligeiendom - herunder eiendom for fritidsbebyggelse - som er bygd med småhus, kan utføres uten byggetillatelse etter § 93 dersom

- a) naboer og gjenboere er varslet og deretter ikke krever at planene skal legges frem for bygningsrådet som søknad om byggetillatelse etter § 94. Krav om slik saksbehandling må være kommet til bygningsrådet innen 2 uker etter at varsel ble sendt, og
- b) melding om byggearbeidet er sendt bygningsrådet og dette ikke innen 3 uker etter at det har mottatt slik melding, krever at byggeplanene legges fram for bygningsrådet som søknad om byggetillatelse etter § 94, og
- c) byggearbeidet ellers utføres i samsvar med gjeldende bestemmelser i eller i medhold av lov.

For byggearbeid som utføres i samsvar med reglene i første ledd gjelder ikke lovens kapittel XVI.»

Bestemmelsen var i det vesentlige videreført på det tidspunkt kommunen og fylkesmannen traff vedtak i de ulike sakene.

Som det fremgår av bestemmelsen, kunne et tiltak lovlig utføres dersom ikke bygningsrådet senest tre uker etter at det hadde mottatt en byggemelding, hadde krevd at byggemeldingen ble fremlagt som søknad om byggetillatelse. Advokat A har som nevnt ovenfor i brev ... mai 2007 fremhevet at kommunen ikke overholdt treukersfristen.

Det er neppe tvil om at kommunen, når den mottar en byggemelding etter plan- og bygningsloven § 86 a, har en handleplikt i den forstand at den innen fristen skal gjennomgå meldingen og eventuelt sette

fram krav om søknadsbehandling. For at rettsvirkningene av paragrafen skal inntre - dvs. at melderer skal få rett til å bygge dersom han ikke mottar noe krav fra kommunen innen tre uker - må imidlertid alle de materielle og prosessuelle vilkår bestemmelsen setter opp, være oppfylt. Vilkårene er kumulative og innebærer blant annet at naboer og gjenboere må være varslet uten at de har fremsatt krav om søknadsbehandling, eiendommen må være «bebygd med småhus», og arbeidet må utføres i samsvar med «gjeldende bestemmelser i eller i medhold av lov». Er ikke disse vilkårene til stede, er man utenfor meldingssystemet, og saken må byggebehandles på vanlig måte.

Fylkesmannen har vist til at treteltene var i strid med så vel plan- og bygningsloven § 74 nr. 2 som § 18 i de da gjeldende reguleringsbestemmelsene for området. Jeg legger for egen del til at heller ikke kravet i loven § 86 a om at eiendommen skal være bebygd med småhus synes å være tilfredsstillt. Bestemmelsen åpner neppe for at oppføringen av disse småhusene selv kan oppføres etter meldingssystemet. Systemet synes å være slik at det ikke er nødvendig med full byggesaksbehandling for byggetiltak på «småhus» som allerede er lovlig oppført. Om plbl. § 86a kunne gi hjemmel for behandling av et byggetiltak etter meldingssystemet, vil således være avhengig av at det «småhuset» som tiltaket skal bygges på, selv er lovlig oppført.

Min konklusjon etter dette er at det ikke er noe å si på at tiltakene ble ansett som søknadspliktige. En annen sak er at kommunen uttrykkelig burde ha tilkjennegitt dette standpunktet overfor den enkelte som hadde levert inn byggemelding. Både hensynet til klarhet i byggesaksbehandlingen, sakens opplysning og forvaltningens alminnelige veiledningsplikt tilsier dette. Fylkesmannen har vist til at kommunen hadde tilkjennegitt sitt standpunkt i ulike skriv, og at tretelteierne var kjent med dette standpunktet, selv om brevene var stilet til eieren av campingplassen. Det er vanskelig å legge avgjørende vekt på dette. Poenget er at den som sender inn melding eller søknad om byggearbeider, er å anse som part i egen byggesak, og derfor har krav på å bli behandlet med de partsrettigheter som følger av forvaltningsloven og plbl.

Jeg føyer også til at det ikke er åpenbart at en byggemelding uten videre kan behandles som en søknad. Selv om det er det samme skjemaet som benyttes, kan det være forhold tiltakshaver ønsker å få fram i en søknad som han ikke vil tillegge vekt når han kun sender melding. I saken her ble det dessuten ansett nødvendig med dispensasjon. Som kjent heter det i plbl. § 7 at dispensasjon kan gis «etter søknad». Riktig fremgangsmåte ville derfor vært å tilskrive de som hadde sendt inn melding med bekreftelse om at meldingen var mottatt og beskjed om at de måtte søke om dispensasjon.

Jeg har merket meg at kommunen i bygge- og deleforbudet ... desember 1991 gjentok at oppførin-

gen av treteltene krevde tillatelse etter plbl. § 93. Det het:

«Dei «fortelt» av tre eller av andre stabile materialer som er oppført og nå byggjemeldt, oppfatta bygningsrådet som byggverk som skal byggjemeldast og godkjennast av byg.r. før evt. arbeid vert påbyrja. Jfr. § 93 i plan- og bygningslova.

Då dei nå byggjemeldte byggverka er oppført utan byg.r. si godkjenning er det å oppfatta som ulovleg oppført.

Bygningsrådet meiner at det må fastsetjast i ein detaljert reguleringsplan for kva som evt. kan tillatast bygt i dette området. Byg.r. finn difor ikkje å kunna godkjenna dei ulovlege oppførte byggverka eller oppføring av nye slike bygg på nåverande tidspunkt.»

Det er noe uklart om dette vedtaket også ble sendt dem som hadde inngitt byggemeldingene, selv om en fremlagt kopi av Postverkets journal for innlevering av rekommanderte sendinger kan tyde på dette. Jeg legger imidlertid ikke avgjørende vekt på det. Et slikt generelt forbud kan ikke erstatte plikten til å informere og veilede den enkelte tiltakshaver.

De innvendingene jeg har gjort rede for her, kunne med fordel ha vært påpekt ved fylkesmannens behandling av saken.

## *2.2. Utfallet av søknadsbehandlingen. Særlig om reguleringsplanen av 2003 kunne legges til grunn for avslaget*

Etter gjennomgangen i forrige punkt er det nødvendig å ta stilling til på hvilket rettslig grunnlag byggesakene skulle avgjøres. Problemstillingen er den samme enten det opprinnelig ble inngitt byggemelding, krysset av for byggesøknad etter plbl. § 93, eller overhodet ikke angitt hva slags søknad det dreide seg om.

En forvaltningssak som er startet opp etter søknad fra den private part, verserer inntil den realitetsavgjøres eller avvises fra videre behandling. Realitetsavgjørelsen av treteltsakene i kommunen forelå ikke før i 2005. Fylkesmannen har lagt til grunn at sakene måtte avgjøres på det rettslige grunnlaget som forelå når endelig vedtak ble truffet. Han mente imidlertid at saken skulle ha vært realitetsbehandlet ved utløpet av bygge- og deleforbudsperioden, og tok på dette grunnlaget opp spørsmålet om det kunne gis dispensasjon fra reguleringsplanen av 2003. Fylkesmannen kom imidlertid til at det ikke forelå tilstrekkelige «særlige grunner» for dette.

Jeg deler fylkesmannens syn om at det normalt er rettsgrunnlaget på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn for avgjørelsen. Den private part kan således etter omstendighetene måtte finne seg i at regelgrunnlaget endres i hans disfavør etter at søknad er inngitt, og for så vidt også etter at vedtak er truffet i første instans. Hensynet til den private parts interesser må antas å være ivare tatt gjennom lovens krav til fremdrift i saksbehandlingen. Disse reglene skal sikre at den private part ikke skal måtte

risikere unødvendig langvarig usikkerhet med hensyn til sin rettslige stilling. Reglene begrenser dermed også perioden parten risikerer at regelsituasjonen endres i hans disfavør.

Dersom forvaltningen ikke har fulgt lovens krav til fremdrift i saksbehandlingen, er det ikke like opplagt at en endret rettssituasjon kan anvendes til skade for en privat part. I slike tilfeller svikter begrunnelsen for regelen, og svikten blir mer og mer åpenbar etter som tiden går. I saken her tok behandlingen svært lang tid, jf. fremstillingen nedenfor.

På det tidspunktet byggemeldingene ble inngitt, bestemte plbl. § 95 nr. 1 at «byggningsrådet ... snarest mulig [skal] behandle og avgjøre søknaden» (uthevelsen foretatt her). Bestemmelsen må sees i sammenheng med kravet i forvaltningsloven § 11a, som på det tidspunkt byggemeldingene ble inngitt lød:

«Når en sak er ferdig forberedt, skal forvaltningsorganet treffe avgjørelse i saken uten ugrunnet opphold. Må det ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal det snarest råd gis underretning om dette med angivelse av grunnen, og så vidt mulig også meddeles når svar kan ventes.»

Som nevnt over, ble det som respons på byggemeldingene nedlagt bygge- og deleforbud. Plikten til å realitetsbehandle sakene ble dermed suspendert så lenge forbudet var i kraft. Da byggeforbudet løp ut i 1993, gjeninntrodde imidlertid plikten, jf. plbl. § 33 fjerde ledd annet punktum.

Loven er med andre ord bygd opp slik at hvorvidt en inngitt byggemelding eller søknad om tillatelse etter plbl. § 93 kan tas til følge eller ikke, vil være avhengig av om (eksisterende) bestemmelser i lov, forskrift, plan eller lignende er til hinder for dette. Dersom kommunen ønsker å forhindre realitetsbehandling av en byggemelding eller søknad om tillatelse etter plbl. § 93, må den i tilfelle nedlegge midlertidig bygge- og deleforbud etter plbl. § 33. Dette forbudet har imidlertid bare virkning så lenge det er i kraft. Etter at byggeforbudet er løpt ut, skal verserende byggesaker straks tas opp til realitetsbehandling, og avgjøres på det rettslige grunnlag som da foreligger.

Gjennomgangen av sakens dokumenter etterlater et bestemt inntrykk av at behandlingen av byggesakene ble lagt på is i påvente av den nye reguleringen av campingplassområdet. Av møteboken fra møte ... oktober 1993 i Teknisk styre - kort før byggeforbudet løp ut - fremgår det således at kommunen var misfornøyd med at campingplassseieren ikke hadde fremlagt noe forslag til ny reguleringsplan. Det het videre at dersom det ikke forelå forslag til reguleringsplan innen desember 1993, var byggningsrådet «innstilt på å reagere etter § 113, 114 og 115 i Pbl for å få dei ulovlege byggverka i området fjerna». Likevel ble ikke sakene tatt opp til realitetsbehandling da det midlertidige forbudet løp ut uten at de forelå noe nytt planforslag. Deler av korrespondansen

som fulgte i tiden etter, kan tyde på at kommunen ikke hadde klart for seg den rettslige situasjonen som forelå. Således ga kommunen i brev ... juli 1997 til campingplassseieren uttrykk for at byggningsrådet midlertidige bygge- og deleforbud fra 1991, fremdeles gjaldt. Dette er i beste fall upresist og villedende.

Slik saken er opplyst her, kan det se ut som om kommunen overlot til grunneieren å fremme et planforslag kommunen var tilfreds med, og forutsatte at det midlertidige bygge- og deleforbudet gjaldt helt inntil en slik plan var vedtatt av kommunestyret. Tvert imot er forholdet at et midlertidig bygge- og deleforbud utløser en plikt for kommunen til straks å igangsette et reelt reguleringsarbeid, se nærmere O.J. Pedersen m.fl.: Plan- og bygningsrett, s. 244. På samme måte har kommunen - dvs. kommunestyret - ansvaret for at reguleringsplaner «tas opp til revisjon etter som forholdene gjør det påkrevet», jf. plbl. § 27-1 nr. 1. Kommunen kunne således ikke pålegge eieren av campingplassen å fremme forslag til endring av reguleringsplan, noe kommunen etter fylkesmannens brev ... september 1991 til kommunen burde ha vært kjent med. I alle tilfeller kan kommunen ikke unnlate å realitetsbehandle byggesaker bare fordi den reguleringsplanen som kommunen ønsker, ennå ikke foreligger. Kommunen må i tilfelle gå veien om midlertidig bygge- og deleforbud. Det er også grunn til å peke på at et midlertidig bygge- og deleforbud bare kan forlenges «i særlige tilfelle», og da med departementets (fylkesmannens) tillatelse, jf. plbl. § 33 femte ledd.

Det kan med andre ord se ut som om kommunen på flere vesentlige punkter har vært i villrede om de krav plan- og bygningsloven stiller til saksbehandlingen, og at dette har vært til skade for søkerne og en medvirkende årsak til at søknadene ikke ble behandlet i tide.

Fylkesmannen har lagt til grunn at sakene skulle vært realitetsbehandlet kort etter at bygge- og deleforbudet løp ut, og jeg deler dette synet. Jeg kan vanskelig se annet enn at sakene burde vært behandlet i løpet av 1994. Dersom sakene hadde blitt realitetsavgjort på dette tidspunkt, ville nødvendigvis det plangrunnlaget som forelå da vært lagt til grunn. Det er vanskelig å akseptere at når sakene ikke ble avgjort på det tidspunkt loven krevde, skal et regelgrunnlag som kommer til nærmere ti år senere bli anvendt til skade for den private part. Særlig klart må dette være i denne saken, hvor forsinkelsen synes å henge sammen med at kommunen ikke var seg bevisst sine plikter etter plan- og bygningsloven. Skal byggningsmyndighetene benytte et nytt og strengere regelverk til skade for de som alt har søkt om byggetillatelse eller sendt byggemelding, må det skje innenfor de rammer som loven setter. Det har de ikke gjort i sakene her. Min konklusjon er derfor at det riktige må være å benytte regelverket som gjaldt da sakene rettelig skulle vært behandlet, dvs. i 1993/94 - forut for den nye reguleringsplanen og kommuneplanen i 2003, og forut for retningslinjene av 2001.

### 2.3 Konsekvenser av at fylkesmannen har lagt til grunn en annen rettsoppfatning

2.3.1 Som det fremgår, har jeg kommet til at sakene må vurderes ut fra et annet rettslig utgangspunkt enn det fylkesmannen har lagt til grunn for sine avgjørelser. Også fylkesmannen har imidlertid lagt til grunn at meldingene/søknadene skulle vært behandlet rett etter at det midlertidige bygge- og deleforbudet løp ut, men da som et ledd i en dispensasjonsvurdering etter dagens regler. Fylkesmannen vurderte om kommunen ville ha godkjent treteltene om meldingene/søknadene var blitt behandlet til riktig tid, men kom til at så ikke var tilfelle. Et naturlig spørsmål er derfor om forskjellen i det rettslige utgangspunktet kan antas å ha hatt noen betydning for resultatet.

2.3.2 Jeg har gått gjennom fylkesmannens ulike vedtak og kommet til at den begrunnelsen som er gitt, er forholdsvis kortfattet og summarisk. Dette gjelder både det fylkesmannen anfører om reguleringsplanen av 1980 og forholdet til skjønnhetsparagrafen i plbl. § 74 nr. 2. Den knappe formen etterlater etter mitt skjønn tvil om fylkesmannen har vurdert alle relevante forhold på en tilstrekkelig betryggende måte, og tilfredsstillende etter mitt skjønn ikke de krav som forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd, stiller til begrunnelse av enkeltvedtak. Fylkesmannens vurdering munner ut i at søknadene «sannsynligvis» ikke ville blitt godkjent av kommunen. En slik sannsynlighetsberegning med hensyn til hva kommunen ville ha foretatt seg, er etter mitt skjønn ikke et riktig tema for vurderingen. Det må kreves at den myndighet som avgjør søknadene, foretar sin selvstendige vurdering ut fra søknadene og de relevante rettskilder. En henvisning til hva et underordnet organ ville ha kommet til om det hadde behandlet saken riktig, er derfor ikke tilstrekkelig.

2.3.3 Uten at det er nødvendig for å begrunne det resultatet jeg har kommet til, vil jeg tilføye at det, slik saken er opplyst, ikke fremstår som åpenbart at kommunen faktisk ville ha handlet slik som fylkesmannen har funnet sannsynlig. Saksdokumentene inneholder enkelte momenter som taler i motsatt retning. Det er således på det rene at det ikke ble truffet noe avslagsvedtak i byggesakene mens den tidligere reguleringsplanen var i kraft. Dersom kommunen ønsket å avslå, og mente at plangrunnlaget på dette tidspunkt ga hjemmel for dette, ville det naturlige vært å avgjøre sakene med avslag straks etter at de innkom. Av møteboken for Teknisk råds møte ... mai 1991, jf. brev til campingplassseierne samme dag, synes det tvert imot å fremgå at kommunen under visse omstendigheter ville være innstilt på å godkjenne de aktuelle treteltene. I saksdokumentene er det vanskelig å finne uttrykkelige holdepunkter for at kommunen mente plangrunnlaget ga tilstrekkelig avslagshjemmel før de nye retningslinjene av ... april 2001 ble gitt.

Jeg har for øvrig merket meg at kommunen i sitt

vedtak overhodet ikke berørte spørsmålet om reguleringsplanen av 1980 ga avslagshjemmel.

2.3.4 Jeg vil også bemerke et annet forhold ved fylkesmannens vedtak som jeg finner uheldig:

Det følger av plbl. § 7 at det kan gis dispensasjon fra bestemmelser i loven, eller bestemmelser gitt i medhold av loven, som reguleringsplaner. Det følger imidlertid også av bestemmelsen at dispensasjon kan gis «etter søknad» og at det er «kommunen» som gir dispensasjon. I denne saken var spørsmålet om dispensasjon ikke berørt i kommunens vedtak, og det var i det hele tatt ikke søkt om dispensasjon. Spørsmålet om dispensasjon ble først tatt opp i klagen advokat A sendte inn, og det fremgår av vedtaket i teknisk utvalg ... september 2005 at utvalget ikke fant grunn til å vurdere dispensasjon. Selv om saksbehandlingen på dette punkt ikke er undersøkt nærmere herfra, kan det se ut som om fylkesmannen heller ikke har fulgt varslingsreglene i plbl. § 7 tredje ledd.

Det er neppe slik at klageinstansen er helt avskåret fra å ta opp spørsmål om dispensasjon når dette ikke er berørt av førsteinstansen. Så vel hensynet til en forsvarlig toinstansbehandling som hensynet til lovens regel om at det er kommunen som evt. kan gi dispensasjon, tilsier imidlertid gjennomgående at dispensasjonsspørsmål må vurderes av kommunen først. Mener klageinstansen at kommunen uriktig har unnlatt å gi søkeren anledning til å søke om dispensasjon, vil det således gjennomgående være riktigere om klageinstansen opphever kommunens vedtak og hjemviser det til ny behandling, herunder spørsmålet om søkeren bør gis anledning til å søke om dispensasjon. Man vil da oppnå en grundigere behandling av spørsmålet om dispensasjon i det hele tatt er påkrevet, samt en avklaring av hvilke «særlige grunner» søkeren ønsker å påberope seg. Dette er ikke minst aktuelt i denne saken, hvor kommunen uttrykkelig opplyste at den ikke fant grunn til å vurdere spørsmålet om dispensasjon.

Fylkesmannens grunnlag for å ta stilling til om «særlige grunner» foreligger, var med andre ord mangelfullt. De inngitte søknadene bygget på en forutsetning om at dispensasjoner ikke var nødvendig, og dette forholdet er ikke vurdert i fylkesmannens vedtak.

2.3.5 Når det gjelder fylkesmannens henvisning til plbl. § 74 nr. 2, er dette forhold som, i motsetning til spørsmålet om forholdet til plangrunnlaget av 1980, er vurdert i kommunens vedtak. Vurderingen der er imidlertid generelt orientert, og selv for de tretelt der estetikk er trukket inn i begrunnelsen for vedtaket, er vurderingene lite konkret forankret i tiltaket. Det er klarligvis relevant å legge vekt på hensynet til estetikk ved avgjørelsen av om et tretelt kan oppføres, også på en campingplass. Vurderingen av om tiltaket kan anses å tilfredsstillende «rimelige skjønnhets hensyn», må imidlertid ta utgangspunkt i at treteltene befinner seg på et område som både er regulert til og faktisk drives som campingplass. Et spørsmål er om det da kan stilles de samme krav til

skjønnhetshensyn som for ordinær bolig- og fritidsbebyggelse. Fylkesmannens vedtak etterlater tvil om slike spørsmål er vurdert og eventuelt om det er tatt tilstrekkelig høyde for dem.

### 3. Saker der det verken er inngitt byggemeldinger eller søknader

Jeg går nå over til å se på [... stillingen til de av klagerne som har det til felles ... ] at det verken er inngitt byggemelding eller søkt om tillatelse etter plbl. § 93 for å føre opp treteltet. Disse treteltene synes å være oppført på et senere tidspunkt enn de treteltene det er inngitt byggemeldinger for.

Dersom et søknadspliktig tiltak er oppført uten at det er søkt om og gitt tillatelse, gir dette i seg selv grunnlag for ulovlighets sanksjoner etter plbl. kap. XIX. Jeg har merket meg at kommunen og fylkesmannen likevel har valgt å behandle disse sakene på samme måte som de sakene der det ble inngitt byggemelding/-søknad. Bygningsmyndighetene har således akseptert å realitetsbehandle byggesaken uten å kreve at det ble inngitt noen søknad.

Ettersom det i disse sakene verken er inngitt byggemelding eller søknad om tillatelse etter plbl. § 93, har jeg - i motsetning til de tilfellene som er behandlet i pkt. 2 ovenfor - ingen merknader til at sakene ble avgjort på bakgrunn av det plangrunnlaget som kom til i 2003.

På samme måte som nevnt under pkt. 2.3 ovenfor, ga kommunen uttrykk for at den ikke fant grunn til å vurdere dispensasjon i disse tilfellene. Det er derfor uheldig at fylkesmannen som første instans vurderer og avgjør spørsmålet om dispensasjon. I stedet burde fylkesmannen ha opphevet kommunens vedtak og hjemvist saken til ny behandling der.

### 4. Cs sak

C klaget hit lenge etter at mine undersøkelser av de øvrige sakene var påbegynt. Saksdokumentene har vært innhentet fra fylkesmannen og gjennomgått her.

Det fremgår ikke eksplisitt av fylkesmannens vedtak ... februar 2006 i Cs klagesak hvorvidt han har inngitt byggemelding/-søknad. Ut fra saksdokumentene er det imidlertid ingenting som tyder på at byggemelding/-søknad har vært inngitt.

Selv om Cs klage ikke har vært forelagt fylkesmannen, synes det klart at de rettslige spørsmålene i denne saken er sammenfallende med de øvrige sakene der byggemelding/søknad ikke er inngitt. Jeg legger derfor til grunn at det prinsipielle syn jeg har gjort rede for over i pkt 3, også gir veiledning for Cs sak.

### 5. Avslutning

Min undersøkelse av saken har gitt grunnlag for flere innvendinger av til dels grunnleggende karakter

mot så vel kommunens som fylkesmannens vedtak. Saken synes preget av at kommunen ikke har reagert mot de forhold den har oppfattet som ulovlig i rett tid, og heller ikke i de former loven foreskriver. Fylkesmannen har ved sin klagebehandling ikke maktet å rette opp manglene ved kommunens behandling av saken.

Saken gir grunn til å påpeke at dersom arealdisponeringen i en kommune skjer på en måte som finnes utilfredsstillende, gir loven kommunen tilstrekkelig verktøy for å gripe inn mot dette. Loven gir således kommunen forholdsvis stor frihet til å gi reguleringsplaner med det innhold den finner ønskelig. Motsatsen mot denne friheten er at byggesøknader bare kan avslås dersom det er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag i lov eller plan, og etter en saksbehandling som er i tråd med lovens krav.

Jeg må derfor be fylkesmannen behandle saken på nytt. Det riktige synes å være å oppheve kommunens vedtak og hjemvise saken til en ny, fullstendig behandling av saken der. Ved den fornyede behandlingen må kommunen ta stilling om reguleringsplanen av 1980 ga grunnlag for å avslå noen av byggesøknadene. Dersom det foreligger grunnlag for avslag, bør kommunen vurdere om omstendighetene i saken tilsier at dispensasjon gis. Blir svaret benektende, må det prinsipielt riktige være å vurdere om utfallet blir annerledes etter dagens rett.

Dette er en sak som naturlig nok berører tiltaks-haverne sterkt. Kommunen har i brev til fylkesmannen antydning at tretelteierne har utnyttet situasjonen ved å bygge før kommunen rakk å gi nærmere regler. Jeg finner ikke grunn til å ha noen mening om dette, men understreker at også kommunen må ha et betydelig ansvar. Uansett utfallet av saken for øvrig, må det være et mål å skape løsninger som alle parter kan leve med. I den grad det blir endelig vedtatt at treteltene ikke kan stå slik som i dag, bør eierne gis rimelig tid til å rette på forholdet.

Fra omtale i pressen er jeg kjent med at tilsvarende problemstillinger som de denne saken gjelder, også har vært gjenstand for fylkesmannens klagebehandling for campingplassen på Z. Fylkesmannen bes om å vurdere hvorvidt de synspunkter jeg har gjort rede for over, kan tilsi en fornyet vurdering av fylkesmannens vedtak i de sakene.

Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede behandling.»

## 84.

### Tillatelse til bygging av skogsvei i Masfjorden, enkeltvedtak og klagefrist

(Sak 2006/1116)

*Sakens hovedspørsmål er om klage fra Fylkesmannen i Hordaland over vedtak om dispensasjon fra LNF-formålet i kommuneplanens arealdel for bygging av skogsvei var innkommet innen klagefristen og om det var grunnlag for å gi oppreisning. Det*



springende temaet var om kommunens planutvalg hadde fattet vedtak i saken 27. juni 2005 eller 14. september 2005. Saken omhandler også spørsmålet om betydningen av manglende varsling av berørte fagmyndigheter etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 7 tredje ledd.

Ombudsmannen kom til at kommunen hadde fattet endelig vedtak i saken 27. juni 2005. Klagen var innkommet for sent og ombudsmannen kunne ikke se at det var grunnlag for å gi oppreisning etter forvaltningsloven § 31. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Fylkesmannen la deretter til grunn at kommunen fattet vedtak i saken 27. juni 2005. Fylkesmannen omgjorde imidlertid vedtaket i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c under henvisning til at søknaden ikke var sendt sektormyndighetene til uttalelse og fordi det ikke forelå «særlige grunner» for dispensasjon, jf. plbl. § 7.

A søkte i 2004 Masfjorden kommune om tillatelse til bygging av skogsvei etter reglene i plan- og bygningsloven. Kommunen avslø søknaden, og A påklaget denne avgjørelsen.

Klagen på kommunens avslag ble behandlet av det faste utvalget for plansaker i Masfjorden kommune i møte 27. juni 2005. Av møteprotokollen fremgår følgende:

«Vedtak frå Fast utval for plansaker, den 27.06.2005: (Samrøystes)

I medhald av pbl § 7, vert søknaden om dispensasjon frå kommuneplanen sin arealdel, for bygging av om lag 400 m skogsveg i LNF område for uttak av trevirke, godkjent.

---

Vedtaket vert i samsvar med pbl § 15 oversendt fylkesmannen for endeleg avgjerd.»

Utvalgets behandling av dispensasjonssøknaden ble oversendt Fylkesmannen i Hordaland 5. juli 2005 under tittelen «Melding om vedtak», med kopi til tiltakshaver.

Masfjorden kommune sendte 7. juli 2005 fylkesmannen et nytt brev vedrørende saken med tittelen «Søknad om dispensasjon § 7 pbl Skogsveg - gnr 49 bnr 4 - A». I dette brevet ble det orientert om at Det faste utvalget for plansaker hadde «gjort vedtak i ovanemnde sak i møte 27.06.05». Saken ble oversendt «for vidare handsaming», og frist for tilbake melding ble satt til 20. august 2005.

I brev til kommunen 1. august 2005 tilrådte fylkesmannen at det ikke ble gitt dispensasjon i saken.

Det faste utvalget for plansaker fattet deretter vedtak 14. september 2005 hvor dispensasjonssøknaden ble innvilget på nærmere bestemte vilkår.

Dette vedtaket ble påklaget av Fylkesmannen i Hordaland. I klagen ble saksgangen i kommunen beskrevet slik:

«... Den 27.06.05 fatta FUP vedtak om å gje dispensasjon for bygging av om lag 400 meter

skogsveg som omsøkt. Etter dette blei saka sendt på høyring til Hordaland fylkeskommune og regionale statlege fagstyremakter. Fylkesmannen rådde i frå at det kunne gjevast dispensasjon. ... Det Faste Utval for Plansaker fatta vedtak i sak 0020/05 den 14.09.05 om å gje dispensasjon» [kursiveringer herfra].

Det faste utvalget for plansaker behandlet fylkesmannens klage, og klagen ble ikke tatt til følge.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane behandlet klagen som settefylkesmann. I vedtak 16. mars 2006 ble Fylkesmannen i Hordalands klage tatt til følge, og dispensasjonssøknaden ble avslått fordi det ikke ble ansett å foreligge «særlige grunner», jf. plan- og bygningsloven § 7. Fylkesmannen i Sogn og Fjordane vurderte de faktiske omstendigheter slik at Masfjorden kommune fattet vedtak i saken 14. september 2005, og Fylkesmannen i Hordalands klage ble dermed vurdert som rettidig.

Saksforløpet ble av Fylkesmannen i Sogn og Fjordane også vurdert under forutsetning av at kommunen fattet vedtak i møtet 27. juni 2005. Under disse forutsetningene mente Fylkesmannen i Sogn og Fjordane at Fylkesmannen i Hordaland måtte gis utvidet klagefrist som følge av utilstrekkelig underretning om vedtaket, jf. forvaltningsloven § 29 annet ledd.

As advokat brakte saken inn for ombudsmannen. Klager fremholdt blant annet at Masfjorden kommune 27. juni 2005 fattet et vedtak hvor det ble gitt dispensasjon for bygging av den aktuelle skogsveien. Etter klagers oppfatning var Fylkesmannen i Hordalands klage inngitt etter klagefristens utløp.

Etter en gjennomgang av klagen og relevante saksdokumenter ble det besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Fylkesmannen i Sogn og Fjordane ble bedt om å redegjøre for hvorfor kommunens «vedtak» 27. juni 2005 ikke ble regnet som et vedtak i forvaltningslovens forstand. Videre ble fylkesmannen bedt om å gi tilkjenne sin oppfatning av forholdet mellom kommunens brev 5. og 7. juli 2005, og vurdere om tiltakshaver kunne ha rimelig grunn til å forstå kommunens «vedtak» 27. juni 2005 som kommunens endelige vedtak i saken. Til slutt ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for bakgrunnen for at fylkesmannen var gitt utilstrekkelig underretning i saken, jf. forvaltningsloven § 29 annet ledd. Det ble anmodet om at fylkesmannen hentet inn Masfjorden kommunes oppfatning av om det ble fattet et vedtak i møtet 27. juni 2005.

Rådmannen i Masfjorden kommune fremholdt i sin redegjørelse at kommunen ikke mente å fatte et «endelig vedtak» i møtet 27. juni 2005. Det ble videre opplyst at tiltakshaver var gjort oppmerksom på at «søknad om dispensasjon skal sendast fylkeskommunen og fylkesmannen til uttale før fast utval for plansaker får saka til handsaming».

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane viste til at kommunen hadde gjort tiltakshaver oppmerksom på saksgangen i dispensasjonssaker. Selv om fylkes-

mannen medga at det ut fra ordlyden i brevet 27. juni 2005 kunne se ut som kommunen hadde fattet vedtak i saken, fant fylkesmannen at tiltakshaver bl.a. på bakgrunn av tidligere redegjørelse om saksgangen ikke hadde rimelig grunn til å tro at det i møtet 27. juni 2005 ble fattet et vedtak. Gitt at kommunen likevel fattet et vedtak i møtet 27. juni, mente fylkesmannen at dette vedtaket måtte ses på som en nullitet fordi kommunen ikke ville gi tillatelse på dette stadium av saken.

Fylkesmannen medga at dispensasjonsvedtak som fattes uten at saken er sendt på høring etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd, ikke uten videre er ugyldige. På bakgrunn av prinsippet i forvaltningsloven § 41 må det vurderes om bruddet på foreskrevne fremgangsmåte har hatt betydning for vedtakets innhold. Videre fremholdt fylkesmannen at kommunens underretninger 5. og 7. juli 2005 under enhver omstendighet ikke kunne anses som tilstrekkelig underretning til fylkesmannen om at det var fattet vedtak i saken. Brevene fremsto etter fylkesmannens oppfatning samlet sett som en oversendelse av en høringssak i tråd med plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd. Da Fylkesmannen i Hordaland ikke hadde bedt om oppreisning for fristoversittelse, erkjente fylkesmannen at det ikke kunne gis oppreisning etter forvaltningsloven § 31.

Klager kom deretter med ytterligere merknader i saken, hvor det i all hovedsak ble vist til tidligere anførsler.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Møtereferatet fra møtet i det faste utvalget for plansaker 27. juni 2005 informerer om at det i As sak ble fattet et «vedtak» der dispensasjonssøknaden er «godkjent», og at dette «vedtaket» blir sendt til fylkesmannen for endelig avgjørelse i samsvar med plan- og bygningsloven § 15. Vedtaket er begrunnet, og det er gitt på visse vilkår. Ordlyden i møtereferatet indikerer at det er fattet et vedtak i saken. Kommunens oversendelsesbrev til Fylkesmannen i Hordaland 5. juli 2005 med tittelen «melding om vedtak» bidrar til å underbygge inntrykket av at det faste utvalget for plansaker fattet et vedtak i møtet. I dette brevet står det videre opplyst om klageadgang. Dette oversendelsesbrevet ble gjort kjent for tiltakshaver.

To dager senere sendte kommunen et brev til Fylkesmannen i Hordaland hvor det ble orientert om møtet og saken ble oversendt fylkesmannen «for videre handsaming». Klager ble ikke gitt kopi av dette brevet.

Fylkesmannen har fremholdt at Masfjorden kommune ikke mente å fatte noe endelig vedtak 27. juni 2005, men «eit prosessledande avgjerd» i dispensasjonssak og at det endelige vedtaket først ble fattet 14. september 2005 etter at Fylkesmannen i Hordaland hadde kommet med uttalelse etter pbl. § 7 siste ledd. I følge fylkesmannen kan ikke A byg-

ge noen rett på sin tolkning av ordlyden i protokollen. Masfjorden kommune har senere overfor Fylkesmannen i Sogn og Fjordane bekreftet at det ikke var meningen å fatte vedtak i møtet 27. juni 2005. Kommunen fremholder videre at det er vanlig å behandle dispensasjonssaker på denne måten, og at klager tidligere i flere brev er blitt gitt informasjon om saksbehandlingen av dispensasjonssaker.

Slik møtereferatet og oversendelsesbrevet 5. juli 2005 er utformet, er det ikke mulig å se at fylkesmannen ikke var hørt i forkant av møtet. Kommunens forutgående orientering om saksgangen er ikke til hinder for at klager hadde rimelig grunn til å basere seg på at vedtak var fattet i saken. Når Masfjorden kommune her har lagt opp til en fremgangsmåte som ikke fullt ut er i tråd med loven, kan jeg ikke se at dette forhold skal pålegge klager en ekstra akt-somhetsplikt. A måtte derfor kunne bygge på saksprotokollen fra møtet 27. juni 2005 og brevet 5. juli 2005.

Klager ble ikke gjort kjent med kommunens oversendelsesbrev 7. juli 2005. Jeg tar ikke stilling til hvordan situasjonen ville vært om klager hadde fått dette brevet.

Det følger av plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd at kommunen skal gi fylkeskommunen og statlige myndigheter som fylkesmannen anledning til å uttale seg før det gis dispensasjon fra plan- og bygningslovens bestemmelser. Denne regelen skal sikre at berørte sektormyndigheter får adgang til å uttale seg før det treffes dispensasjonsvedtak, og at de gis reell mulighet til senere å kunne påklage vedtaket.

Selv om berørte sektormyndigheter ikke var gitt anledning til å uttale seg om dispensasjon før møtet 27. juni 2005, utelukker ikke det at kommunen i møtet fattet et vedtak i saken. Det bruddet på lovens foreskrevne fremgangsmåte som da vil foreligge, innebærer heller ikke at vedtaket uten videre er ugyldig. Dersom det fattes et vedtak uten at varslingsplikten er overholdt, er det begått en saksbehandlingsfeil. Det er bare når denne feilen kan ha virket bestemmende for vedtakets innhold, at den manglende varslingen gjør vedtaket ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41. For ordens skyld tilføyer jeg at mitt syn i denne saken er i overensstemmelse med hva jeg la til grunn i sak 2006/46, en sak om et «foreløpig vedtak» fattet av Plan- og utviklingsutvalget i en kommune uten at saken var sendt på høring etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd.

Det følger av forvaltningsloven § 29 første ledd at fristen for å klage på et vedtak er tre uker fra underretning om vedtaket er kommet frem til den som ønsker å klage. Kommunens oversendelsesbrev 5. juli 2005 hadde tittelen «melding om vedtak», og av brevet fremgikk det at det faste utvalget for plansaker hadde fattet et «vedtak» samtidig som det var opplyst om klageadgang. Jeg mener på denne bakgrunn at Fylkesmannen i Hordaland ble gitt tilstrekkelig «underretning» etter forvaltningsloven § 29 første ledd. Kommunens senere oversendelsesbrev

7. juli 2005 endrer ikke på dette. Fylkesmannens klage på dispensasjonen er således inngitt etter utløpet av klagefristen.

Slik jeg ser det, er det ikke grunnlag for å gi oppreisning for fristoversittelsen etter forvaltningsloven § 31, og slik oppreisning er da heller ikke begjært av Fylkesmannen i Hordaland.

Jeg har etter dette kommet til at det faste utvalget for plansaker i møtet 27. juni 2005 fattet et vedtak hvor A ble gitt dispensasjon for bygging av skogsvei. Da det ikke forelå noen klager innen klagefristens utløp, er dette vedtaket i utgangspunktet gyldig. Dersom fylkesmannen mener at vedtaket er ugyldig som følge av den manglende høringen, må vedtaket i tilfelle omgjøres innenfor rammen av forvaltningsloven § 35. Ettersom min kontroll med forvaltningen er etterfølgende, kan jeg slik saken står nå, ikke vurdere vedtakets gyldighet i forhold til forvaltningsloven § 35.

Denne saken er en følge av at kommunens ikke hadde forelagt saken for sektormyndighetene før planutvalget tok stilling til realiteten i saken. Denne fremgangsmåten er ikke i tråd med plbl. § 7, og den er etter min mening uheldig fordi den er egnet til å skape uklarhet i prosessen. Det fremgår av saksdokumentene at fylkesmannen har anmodet kommunen om å innrette sin praksis slik at den blir i tråd med saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og plan- og bygningsloven. Jeg ber fylkesmannen følge opp dette arbeidet.

Jeg ber om å bli orientert om resultatet av fylkesmannens fornyede vurdering.»

Fylkesmannen behandlet etter dette saken på nytt og la til grunn at kommunen fattet vedtak i saken 27. juni 2005. Han omgjorde imidlertid vedtaket i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c under henvisning til at søknaden ikke var sendt sektormyndighetene til uttalelse og fordi det ikke forelå «særlige grunner» for dispensasjon, jf. plbl. § 7.

## 85.

### **Kravene til vurderingen av «særlige grunner» til dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7**

(Sak 2006/1118)

*Ved dispensasjon fra kommuneplanens arealdel (LNF-område) for fradeling av en tomt til boligformål la fylkesmannen stor vekt på sammenhengen med en lignende dispensasjonssak i samme kommune. Det fremsto som uklart om fylkesmannen hadde foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt det forelå «særlige grunner» til å dispensere. Han ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt.*

*Uttalelsen inneholder også betraktninger om fylkesmannens overprøvingsrett og -plikt i forhold til «det frie skjønn», jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvl) § 34 annet ledd tredje punktum.*

B søkte 1. desember 2004 om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel, der området er angitt til landbruks-, natur- og friluftsområde (LNF-område), for fradeling av en boligtomt, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl) § 7. Saken ble under saksbehandlingen knyttet opp mot en annen sak, som gjaldt dispensasjon for fradeling av et tilsvarende areal for tre boligtomter. Sakene vil i det følgende bli omtalt som henholdsvis «B-saken» og «C-saken».

Miljøvernavdelingen hos Fylkesmannen i Aust-Agder frarådet dispensasjon i B-saken. Slik negativ uttalelse ble etter det opplyste også gitt i C-saken. Lillesand kommune avsto 6. april 2005 Cs dispensasjonssøknad. Den 26. april 2005 ga imidlertid kommunen (planutvalget) dispensasjon i B-saken, med slik begrunnelse:

«Utvalget kan ikke se at tiltaket kommer i konflikt med kommuneplanens tekstdel som sier at ..... '[Området X] bør i hovedsak tilrettelegges for utvikling basert på eksisterende utbyggingsmønster og bygdepreg.'

Planutvalget kan heller ikke se at tiltaket i vesentlig grad vil være i strid med de vernehensyn som LNF-formålet skal ivareta.»

Vedtaket ble fattet under dissens og mot administrasjonens begrunnede innstilling. Dispensasjonen ble påklaget av nabo, A. Kommunen opprettholdt sitt avslag i C-saken under klagebehandlingen av denne. Under klagebehandlingen av B-saken opprettholdt planutvalget dispensasjonen, fortsatt under dissens og mot administrasjonens innstilling. Fylkesmannen i Aust-Agder stadfestet kommunens avslag i C-saken 31. august 2005.

Den 26. september 2005 opphevet fylkesmannen kommunens dispensasjonsvedtak i B-saken (opphevelsesvedtaket). Det fremgikk at fylkesmannen var «i sterk tvil» om kommunens vedtak bygget på en riktig rettsoppfatning. Videre fulgte blant annet:

«I [C]-saken ... har kommunen vist til at:

«Det er igjennom arbeidet med kommuneplanen gjort en vurdering at det ikke er ønskelig med ytterligere bebyggelse i dette området. I kommuneplanen står det følgende om utbyggingsstrategi på X:

'«X bør i hovedsak tilrettelegges for utvikling basert på eksisterende bygningsmønster og bygdepreg. I realiteten vil all utbygging på X måtte skje igjennom regulerings- / bebyggelsesplanbehandling knytta til områder med rensekraft.»

Dersom en fraviker denne linjen i enkeltsaker kan det raskt føre til en uheldig utvikling av området, områdets omgivelser og dets infrastruktur.

Det har spesielt i den siste tiden blitt et stort byggepress på X. En dispensasjon for tre nye boliger kan føre til at det dannes uheldig presedens i senere liknende saker. Dersom kommuneplanen ikke følges og utbyggingen slippes løs på X vil det etter hvert måtte sees på hele infrastrukturen som trafikkbelastning på brua osv.»

Her ble altså behovet for å se utbyggingen av X i plansammenheng ... brukt som begrunnelse for å nekte fradeling. Vedtaket ble stadfestet av fylkesmannen. Når kommunen så tillater fradeling av en 6 dekar stor boligtomt like etterpå, til tross for at både administrasjonen og fylkesmannens miljøvernavdeling også her påpeker behovet for å vurdere saken i plansammenheng, må utvalget i hvert fall begrunne nærmere hvorfor behovet for å se utbyggingen av denne tomte i plansammenheng ikke er tilstede, i motsetning til den andre søknaden. Den begrunnelse som er gitt besvarer ikke dette spørsmålet, og etterlater tvil om forsvarligheten av kommunens skjønnsutøvelse.

Fylkesmannen er på denne bakgrunn kommet til at kommunen må behandle den foreliggende saken på nytt. Fylkesmannen forutsetter at man også ser på saken til C ... Det må særskilt vurderes om kommunen fører en tilstrekkelig ensartet praksis i disse sakene.»

Planutvalget ga ny dispensasjon i B-saken 15. november 2005. Vedtaket var tilnærmet identisk med dispensasjonsvedtaket 26. april 2005 - og fortsatt under dissens og mot administrasjonens begrunnede innstilling. I tillegg fulgte:

«Som påpekt av fylkesmannen må denne saken og fam. Cs sak behandles likt. Planutvalget ber derfor om å få Cs sak opp til ny behandling med tanke på dette.»

A påklaget den nye dispensasjonen i B-saken. Under klagebehandlingen 31. januar 2006 opprettholdt kommunen dispensasjonen under dissens.

Den 21. mars 2006 vedtok kommunen å gi dispensasjon også i C-saken.

Fylkesmannen stadfestet 28. april 2006 den nye dispensasjonen i B-saken (stadfestelsesvedtaket). I vedtaket fremholdt fylkesmannen blant annet:

«Planutvalget har begrunnet dispensasjonsvedtaket i det vesentligste på samme måte som forrige gang saken var til behandling. Det er lagt til at det er avholdt folkemøter ... og et igangsatt kloakksaneringsarbeid på X. Fylkesmannen kan vanskelig se at dette er særlig relevante argumenter i en dispensasjonsvurdering.

Planutvalgets vedtak synes i realiteten å bygge på at man mener at hensynet til allmennhetens friluftsinnteresser og naturvern ikke blir skadelidende ... Man har altså vurdert de stedlige forholdene annerledes enn det fylkesmannens miljøvernavdeling har gjort i sin uttalelse.

Fylkesmannen finner det vanskelig å være helt ut enig i kommunens vurdering på dette punkt. Terrenget er småkupert med en del fjell i dagen og vekselvis løv- og furuskog. Fylkesmannen kan ikke se at området ikke skulle ha en viss verdi som turterreng eller som areal for barns lek. På den annen side er det i første rekke rent lokale friluftsinnteresser som gjør seg gjeldende i saken og fylkesmannen er etter forvaltningsloven § 34, 2. ledd forpliktet til å ta hensyn til det kommunale selvstyret ved prøvingen av kommunens skjønnsutøvelse. Parsellen ligger over 700 meter fra sjøen. Kommunens vurdering av de lokale forhold veier derfor tyngre i denne saken enn i saker som knytter seg til strandsonen

og andre områder som er av nasjonal interesse. Saken er også behandlet to ganger i kommunen med samme utfall. En må derfor legge til grunn at planutvalget ikke har oppfattet faktum i saken feil.

Fylkesmannen kan heller ikke unnlate å ta hensyn til at saken er noe spesiell fordi en vanskelig kan unnlate å se den i sammenheng med [C-saken] ... Avstanden til sjøen var i den saken bare 400 meter og boligene vil bli mer eksponert mot sjøen ... Fradelingstillatelsen som nå er gitt familien C er ikke påklaget av fylkesmannen og vedtaket blir derfor stående. Fylkesmannen anser imidlertid tillatelsen som klart uheldig av miljøvern hensyn. Det må likevel konstateres at det antagelig grenser mot usaklig forskjellsbehandling å nekte tillatelse i den foreliggende saken, selv om tillatelsen i C-saken er klart uheldig.

Etter en samlet vurdering er fylkesmannen, under sterk tvil, kommet til at en må stadfeste kommunens dispensasjonsvedtak.»

A klaget til ombudsmannen på den omtalte dispensasjonen i B-saken. Klagen ble forelagt fylkesmannen med spørsmål herfra og anmodning om merknader til As anførsler. Fylkesmannen svarte blant annet:

«Fylkesmannen bemerker at det er viktig for å forstå fylkesmannens avgjørelse at man ser på forholdet mellom den angjeldende saken og en annen fradelingssak på X i Lillesand. ... (B-saken) gjelder fradeling av 6 dekar til oppføring av en enebolig. Avstanden til sjøen er her ca. 700 meter. Den andre saken gjaldt fradeling av til sammen 6 dekar til boligformål for oppføring av 3 eneboliger ... (C-saken). Avstanden til sjøen var her ca. 400 meter...  
---

På bakgrunn av uttalelsene fra fylkesmannens miljøvernavdeling fremsto det ... for fylkesmannen som mest naturlig at resultatet av kommunens nye behandling ble avslag i begge saker.

Situasjonen utviklet seg etter dette slik at kommunen ga tillatelse til fradeling også i C-saken, samtidig som tillatelse til fradeling ble gitt på nytt i B-saken ...

Når fylkesmannen deretter fikk B-saken til behandling som klagesak, fremsto det som svært vanskelig å komme til at det var rimelig at fylkesmannen skulle omgjøre kommunens tillatelse, og nekte dispensasjon, samtidig som vedtaket i C-saken ble stående.

[I forhold til om] det innebærer usaklig forskjellsbehandling dersom man i en dispensasjonssak kommer til et annet resultat enn i en lignende sak som er «klart uheldig av miljøvern hensyn» ... bemerker [fylkesmannen] at behandlingen av saken må sees i sammenheng med [ombudsmannssak 2003-0431] ... Vedtaket i C-saken ble ikke påklaget ... [eller] fulgt opp på annen måte fra fylkesmannens side. Bakgrunnen var bl.a. at man ikke anså nasjonale interesser for å være berørt.

Fylkesmannen fant i forbindelse med behandlingen av klagesaken at man ikke uten videre kunne legge til grunn at kommunens vedtak i C-saken var ugyldig, selv om vedtaket fremsto som uheldig. Det var derfor vanskelig å frakjenne vedtaket i C-saken rettsvirkning når spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling ble vurdert i forbindelse med klagebehandlingen. Under en-

hver omstendighet tilsier likheten mellom de to sakene, at rimelighetshensyn bør tillegges større vekt enn normalt i dispensasjonsvurderingen.

Sammenholdt med at det kun synes å gjøre seg gjeldende rent lokale miljø-/naturvern hensyn og den vekt fylkesmannen er forpliktet til å legge på hensynet til det kommunale selvstyret, fant fylkesmannen, riktignok under en betydelig grad av tvil, at man måtte stadfeste kommunens vedtak. ... Fylkesmannen kan ikke se annet enn at fylkesmannen har fulgt opp ombudsmannens uttalelser [ombudsmannssak 2003-0431] når man i denne saken, som ikke berører nasjonale interesser, legger stor vekt på kommunens syn og det kommunale selvstyret, selv om fylkesmannen ikke uten videre deler kommunens vurdering, slik det fremgår av vedtaket.

Når det etterspørres hvilke særlige grunner som foreligger, vises det til at sammenhengen med C-saken gjør det svært nærliggende å karakterisere det som urimelig å ikke innvilge dispensasjon. Rimelighetshensyn kan etter omstendighetene utgjøre et relevant argument for dispensasjon og slike hensyn må, etter fylkesmannens vurdering, tillegges relativt stor vekt i denne saken.

Fylkesmannen er ellers enig i at dersom miljøvern avdelingen fraråder dispensasjon foreligger som hovedregel ikke «særlige grunner» for å gi dispensasjon, jf. rundskriv T-4196. Men dette betyr likevel ikke at det aldri vil være grunnlag for å dispensere. Miljøvern avdelingen uttaler seg om de rent miljøfaglige spørsmål, slik at en «negativ» uttalelse fra miljøvern avdelingen ikke utelukker at andre hensyn kan tale for dispensasjon. Etter fylkesmannens syn er denne saken så vidt spesiell at det er grunnlag for å dispensere på tross av uttalelsen fra miljøvern avdelingen. Fylkesmannen finner også grunn til å presisere at selv om fylkesmannens miljøvern avdeling frarådet dispensasjon, brukte man ikke betegnelsen «sterkt fraråde» som man bruker i de sakene som i sterkeste grad kommer i konflikt med miljøvern hensyn.

---

Fylkesmannen bemerker at man for så vidt er enig i at kommunens vedtak av 15.11.05 er tilnærmet identisk med vedtaket av 26.04.05. Når fylkesmannen behandlet saken 28.04.06 måtte fylkesmannen imidlertid også ta med i vurderingen at kommunen hadde innvilget tillatelse i C-saken. Dette var et nytt og vesentlig moment i forhold til forrige behandling hos fylkesmannen.»

Ettersom ikke alle spørsmålene var besvart, ble saken på ny forelagt fylkesmannen. Han ble også bedt om å kommentere As bemerkninger om at hennes «rettigheter ... er påvirket av rekkefølgen sakene er blitt behandlet på». Fylkesmannen svarte blant annet:

«Fylkesmannen har ... vurdert hvor sterkt hensynene (friluftinteressene/naturvern) bak planen gjør seg gjeldene i dette konkrete tilfellet, og har ved denne vurderingen funnet det riktig å legge stor vekt på det skjønnset kommunens politiske utvalg selv har utøvet, jf. fvL § 34. Det er for så vidt riktig at fylkesmannen utover dette ikke la opp til en konkret vurdering av søkers spesielle behov, men det fremsto heller ikke som naturlig slik saken lå an. Man kan eventuelt også hevde at

saken tenderer mot at kommunen hadde en rettsplikt til å innvilge dispensasjon, når man først hadde innvilget dispensasjon i C-saken, og at den vurderingen A etterlyser blir mindre interessant i en slik sammenheng.

Fylkesmannen finner grunn til å bemerke at kommunens vedtak i B-saken og C-saken, langt på vei anses å være i tråd med den praksis kommunen faktisk har fulgt i saker om dispensasjon fra kommuneplanen for spredt utbygging i LNF-områder (og til dels også i 100-metersbeltet langs sjøen), slik denne praksisen i den senere tid er avdekket bl.a. gjennom [ombudsmannssak 2006/167] ...

---

Fylkesmannen bemerker at ... hensynet [til at saken undergraver planen som styringsverktøy] isolert sett ikke er av de mest tungtveiende hensyn i dispensasjonssaker, men det kan ha betydning som et tilleggsargument i sakstyper der en kommune har ført en restriktiv og konsekvent praksis. At Lillesand kommune har ført en liberal praksis over lang tid svekker den vekt dette hensynet i utgangspunktet kan tillegges. Fylkesmannen vil tilføye at det naturligvis er uheldig at kommunen ved den praksis som føres svekker kommuneplanen som styringsverktøy. Konsekvenshensyn vil for øvrig på denne bakgrunn heller ikke kunne tillegges særlig vekt.

---

A synes også å antyde at fylkesmannen drøydde den nye klagebehandlingen av B-saken i påvente av kommunens vedtak i C-saken, og A gir videre uttrykk for at sakene burde ha vært behandlet i motsatt rekkefølge. Fylkesmannen finner grunn til å minne om at det kun var B-saken fylkesmannen hadde til klagebehandling, ikke C-saken... Klagers poeng er vel heller at hun er uenig i fylkesmannens avgjørelse om å ikke fremme påklage i C-saken.

Det skal også bemerkes at det selvsagt ikke var fylkesmannens intensjon at fylkesmannen skulle få et eventuelt nytt positivt vedtak i B-saken til klagebehandling, uten å vite hva kommunen eventuelt ville gjøre med C-saken. Dette vil vært meningsløst når fylkesmannen hadde påpekt at kommunen måtte se de to sakene i sammenheng.»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Kommuneplanen skal legges til grunn ved utbygging, og deling av eiendom må ikke være i strid med arealbruken fastlagt i arealplanen, jf. pbl § 20-6 første og annet ledd jf. § 93 første ledd bokstav h. Fradeling av en tomt til boligformål er i strid med den fastlagte arealbruken LNF-område, jf. pbl § 20-4 første ledd nr. 2. Tiltaket fordrer derfor dispensasjon etter pbl § 7. For å kunne dispensere fra kommuneplanens arealdel må det foreligge «særlige grunner». Dette innebærer som utgangspunkt at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjonssøknad. Av forarbeidene (Ot.prp. nr. 56 (1984-85) s. 101) følger blant annet:

«Uttrykket «særlige grunner» må ses i forhold til offentlige hensyn planlovgivningen skal ivareta.

De særlige grunner som kan begrunne en dispensasjon er *i første rekke knyttet til areal- og ressursdisponeringshensyn*. Som eksempel kan nevnes tilfeller der vurderingen av arealbruken er endret etter at det ble utarbeidet plan, eller at tidsfaktoren tilsier at en ikke bør avvente en planendring. I helt spesielle tilfeller vil også forhold vedrørende søkerens person kunne anses som særlig grunn.

I den enkelte dispensasjonssak må det foretas en *konkret og reell vurdering* av de faktiske forhold i saken.

Foreligger en overvekt av hensyn som taler for dispensasjon vil lovens krav være oppfylt og dispensasjon kan gis. I motsatt fall er lovens krav ikke oppfylt og dispensasjon kan ikke gis. *De særlige grunner som taler for dispensasjon må naturligvis ligge innenfor rammen av loven.*

De ulike bestemmelser og planer har som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess. Det skal derfor ikke være en kurant sak å fravike disse. Bygningsrådet må heller *ikke bruke sin dispensasjonsmyndighet på en slik måte at den undergraver planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag. Ved unntak fra planer skal bygningsrådet ta relevante planleggingsomsyn* etter kapitlene om kommuneplan og reguleringsplan. Ut fra hensynet til offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen er det viktig at endringer i planene av betydning ikke skjer ved dispensasjoner, men behandles etter de regler som er fastlagt i kapitlene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner.

*Hensynet bak planvurderingene* og de ulike bestemmelser vil også være av betydning for praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen. ...» [ombudsmannens uthevinger]

I dom 15. februar 2007 la Høyesterett til grunn at «avgjørelsen beror på om det etter en konkret og reell vurdering av de faktiske forhold i saken er en overvekt av hensyn som taler for dispensasjon». Under henvisning til de foran siterte forarbeidene, la retten videre til grunn at 'særlige grunner' må vurderes i forhold til de hensyn som ligger bak planen».

Av rundskriv T-4/96 fra Miljøverndepartementet følger om pbl § 7:

«Dersom statlige eller fylkeskommunale etater går imot at det skal gis dispensasjon, bør det faste utvalg for plansaker ikke gi dispensasjon. Som alminnelig antakelse foreligger ikke da særlige grunner.»

I gjeldende sak frarådte fylkesmannens miljøvern avdeling dispensasjon fordi tiltaket «innebærer en uheldig spredning av bebyggelsen i området, og en privatisering av et i dag ubebygget område», samt at det «vil redusere allmennhetens muligheter til å bruke området til ferdsel og friluftsliv». Det ble påpekt at boligen vil bli plassert «relativt høyt i terrenget, og at den vil bli eksponert i landskapet». Miljøvern avdelingen uttalte at kommunen må «vurdere konsekvenshensyn i denne saken» fordi «[d]et er et stort press på oppføring av nye boliger på X ...». Kommunens administrasjon fremholdt tilsvarende betraktninger i sine innstillinger til vedtak.

Fylkesmannen uttalte i opphevelsesvedtaket 26. september 2005:

«Fylkesmannen bemerker at kommunens (utvalgets) vedtak er begrunnet med at fradelingen ikke kommer vesentlig i konflikt med de vernehensyn som LNF-området skal ivareta. Administrasjonen har på sin side pekt på de samme hensyn som taler mot dispensasjon som fylkesmannens miljøvern avdeling trakk fram i sin uttalelse. Utvalgets begrunnelse må derfor *antagelig forstås slik* at man mener det er *grunnlag for dispensasjon på tross av de mothensyn* som gjør seg gjeldende ...» [ombudsmannens uthevinger]

I det senere stadfestelsesvedtaket 28. april 2006 skrev fylkesmannen:

«Planutvalgets vedtak synes i realiteten å bygge på at man mener at hensynet til allmennhetens friluftsinnteresser og naturvern *ikke blir skadelidende* ...

Fylkesmannen finner det vanskelig å være helt ut enig i kommunens vurdering på dette punkt. ... På den annen side er det i første rekke rent lokale friluftsinnteresser som gjør seg gjeldende i saken og fylkesmannen er etter forvaltningsloven § 34, 2. ledd forpliktet til å ta hensyn til det kommunale selvstyret ved prøvingen av kommunens skjønnsutøvelse. ... *Kommunens vurdering av de lokale forhold veier* derfor ... tyngre i denne saken ...» [ombudsmannens uthevinger]

Av kommunens vedtak fremgikk at planutvalget «ikke [kunne] se at tiltaket *i vesentlig grad* vil være i strid med de vernehensyn som LNF-området skal ivareta» (ombudsmannens utheving). Noen begrunnelse for dette synspunktet ble ikke gitt. Det fremkom heller ikke av kommunens vedtak hvordan den nærmere hadde vurdert de lokale forholdene. Videre fremkom ikke at kommunen la til grunn at det dreide seg om «rent lokale friluftsinnteresser». Fylkesmannen synes således her å ha konstruert en begrunnelse for kommunens vedtak, jf. mine uthevinger i sitatene foran, som han så la stor vekt på under henvisning til det kommunale selvstyret.

Av opphevelsesvedtaket 26. september 2005 fulgte at fylkesmannen både var i «sterk tvil» om dispensasjonen bygget på «riktig rettsoppfatning» og at han ikke kunne ha «en tilstrekkelig klar oppfatning av» om vedtaket bygget på en forsvarlig skjønnsutøvelse. Fylkesmannen uttrykte at forholdet til C-saken og kommunens (manglende) begrunnelse etterlot «tvil om forsvarligheten av» kommunens skjønnsutøvelse. Kommunens nye vedtak 15. november 2005 var tilnærmet identisk med det vedtaket fylkesmannen her omtalte.

I de to vedtakene i B-saken la planutvalget til grunn at kommuneplanens tekstdel sier at «X bør i hovedsak tilrettelegges for utvikling basert på eksisterende utbyggingsmønster og bygdepreg», og at tiltaket derfor ikke kom i konflikt med denne. Det kommuneplanen sier i det videre er imidlertid at i «realiteten vil all videre utbygging på X måtte skje gjennom regulerings-/bebyggelsesplanlegging knytta til områder med rensekraft». Dette forholdet ble ikke berørt av fylkesmannen i stadfestelsesvedtaket.

De fakta og den rettsanvendelsen et forvaltningsvedtak bygger på skal være riktige. Dette er det fylkesmannens plikt, som klageorgan, å påse. Dersom fylkesmannen har en annen vurdering av fakta eller jus enn kommunen, skal han legge til grunn sin egen oppfatning. I dom 15. februar 2007 slo Høyesterett fast at «[h]va som er relevante og saklige grunner etter hjemmelsloven, beror på en lovtolkning». Den rettslige kontrollen med et vedtak omfatter dermed «om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater - med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke diskriminerende måte».

Forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum fratar heller ikke fylkesmannen hans overprøvsrett og -plikt i forhold til «det frie skjønn». I foran nevnte dom presiserte Høyesterett at «grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn ikke har betydning for fylkesmannens kompetanse i klagesaker» ettersom klageinstansen etter fvl § 34 annet ledd første punktum «prøver alle sider av saken». Hensyn som tillegges vekt må alltid tilfredsstillende det alminnelige kravet til relevans og saklighet. Dette gjelder også hensynet til det kommunale selvstyre. Av forarbeidene til fvl § 34 annet ledd tredje punktum fremgår at «klageinstansens plikt til å prøve alle deler av klagerens anførsler står ved lag» og at i «forhold til klagerens rettsikkerhet er regelen ikke ment å innebære noe signal om mindre prøving av det frie skjønn», jf. Ot.prp. nr. 51 (1995-1996) s. 40-41. Under klagebehandlingen skal det også «undergis ... en prøving av om vedtaket er i samsvar med nasjonale mål og retningslinjer». Regelen er utformet som en «standardregel» som kan «tilpasses de ulike områdene alt etter i hvor sterk grad hensynet til det kommunale selvstyre gjør seg gjeldende». Det fremgår blant annet at hensynet bør ha mindre vekt på «lovområder som er delegert til kommunene» der «nasjonale hensyn [kan] være særlig tungtveiende». Dette innebærer at fylkesmannen må vurdere hvorvidt eller hvor sterkt hensynet til det kommunale selvstyre gjør seg gjeldende, før det eventuelt avveies mot øvrige relevante hensyn.

Forvaltningsvedtaket, som Høyesterett behandlet i dommen 15. februar 2007, gjaldt avslag på søknad om dispensasjon fra reguleringsplanbestemmelse om at det i området tillates oppført «bygninger for kontor, administrasjon, servicevirksomhet og lettere industri».

Søker ønsket å oppføre et forretningsbygg for lager og salg en gros og detalj. I vedtaket hadde fylkesmannen oppsummert og analysert kommunens grunner for dispensasjon, før han konkluderte med at:

«kommune[n] i sin gitte tillatelse ikke [har] anført spesifiserte, klare og relevante grunner som etter en konkret vurdering er av en slik karakter og har slik tyngde at de slår igjennom ovenfor de hensyn reguleringsplanen og overordnede planhensyn skal ivareta. Etter Fylkesmannens klare vurdering tilfredsstiller ikke ... begrunnelse[n]

for dispensasjon de materielle krav som stilles etter pbl. § 7.»

Fylkesmannens vurdering gjaldt et vedtak der kommunen hadde angitt det den mente var syv konkrete særlige grunner for dispensasjon. Selv om fylkesmannen likevel kom til motsatt konklusjon enn kommunen, fant Høyesterett at den gjennomgangen og vurderingen han hadde gjort av kommunens argumenter «åpenbart» tilfredsstillende hans plikt til å vektlegge det kommunale selvstyret i henhold til fvl § 34 annet ledd tredje punktum.

I gjeldende sak fremgår ikke klart hvorvidt det kan legges til grunn at formålene bak utlegging av området til LNF-område ikke blir skadelidende ved fradeling av tomten til boligformål. Jeg viser her til sitatene fra fylkesmannens to vedtak, gjengitt foran. Det mangler i alle tilfelle en nærmere begrunnelse for et slikt standpunkt. Kommunen la selv bare til grunn at tiltaket ikke «i vesentlig grad» ville være i strid med vernehensynene. Jeg kan heller ikke se at det ellers i stadfestelsesvedtaket 28. april 2006 er angitt «særlige grunner» for dispensasjon. Slike grunner fremgår heller ikke av kommunens eller fylkesmannens tidligere vedtak i saken. I opphevelsesvedtaket 26. september 2005 la fylkesmannen derimot til grunn at det i kommunens vedtak ikke var «angitt noe som positivt taler for dispensasjon». På direkte spørsmål herfra om hvilke «særlige grunner» som foreligger, viste fylkesmannen bare til at «sammenhengen med C-saken gjør det svært nærliggende å karakterisere det som urimelig å ikke innvilge dispensasjon».

I ombudsmannssak 2005/1300 uttalte jeg blant annet følgende:

«Dispensasjonsvurderingen må ... ta utgangspunkt i de hensyn den aktuelle forbudsbestemmelsen skal ivareta. Likebehandlingshensyn kan derfor ikke alene utgjøre grunnlag for en dispensasjon etter pbl § 7. Dette innebærer at den konkrete vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken, ikke kan erstattes med en vurdering av hvorvidt det foreligger (usaklig) forskjellsbehandling.» [ombudsmannens utheving]

Dette standpunktet har jeg senere fulgt opp, blant annet i ombudsmannssak 2006/855.

Jeg kan derfor ikke slutte meg til fylkesmannens uttalelse i svaret hit, om at «[m]an kan ... hevde at saken tenderer mot at kommunen hadde en rettsplikt til å innvilge dispensasjon, når man først hadde innvilget dispensasjon i C-saken ...».

Det fremstår etter dette som usikkert om fylkesmannen har foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i denne saken.

Jeg vil for øvrig komme med noen bemerkninger til As anførsel om at utfallet av sakene er blitt påvirket av rekkefølgen de etter hvert er blitt behandlet i. Behandlingen B-saken (og C-saken) har fått i forvaltningen må betegnes som noe spesiell. Kommu-

nen og fylkesmannen fant *ikke* tilstrekkelige grunner til å dispensere i *den første* saken som var til behandling, nemlig C-saken. Det første vedtaket som ble fattet - og som da kunne tenkes å påvirke senere vedtak - var dermed et *avslag* på dispensasjon, stadfestet av fylkesmannen. Fylkesmannens opphevelse av dispensasjonen i den senere B-saken var således i tråd med avgjørelsen i C-saken.

Meningen med tilleggsbemerkningen i opphevelsesvedtaket, om at «[f]ylkesmannen forutsetter at man også ser på saken til C», fremstår som uklar. Det fremgår ikke klart at C-saken skulle behandles på nytt, slik kommunen har lagt til grunn. Fylkesmannen hadde fattet endelig vedtak i denne saken, og kan ikke ved denne formuleringen sies å ha opphevet eller omgjort dette. Bemerkningen kunne like gjerne indikert at fylkesmannen forutsatte at B-saken ble sett i sammenheng med utfallet av C-saken. Fylkesmannen har selv uttrykt at det fremsto som mest naturlig at resultatet av kommunens nye behandling ble avslag i begge saker.

Kommunen gjenopptok imidlertid C-saken og ga dispensasjon relativt kort tid etter at overordnet forvaltningsorgan hadde stadfestet avslaget. Fylkesmannen hadde anledning til å påklage denne dispensasjonen, men gjorde det ikke. C-saken er ikke innklaget hit og jeg finner det derfor ikke riktig å kommentere dette nærmere. At fylkesmannen ikke påklaget dispensasjonen i C-saken kunne imidlertid ikke binde hans overprøvingskompetanse når han, som klageorgan, fikk B-saken til behandling.

Den andre dispensasjonen i B-saken ble gitt - og klagebehandlet - av kommunen *før* dispensasjon ble gitt i C-saken. Vedtaket i C-saken var således ikke et argument *for* - men heller eventuelt *mot* - å gi dispensasjon i B-saken da kommunen behandlet denne. Det var først ved fylkesmannens andre klagebehandling av B-saken - etter at fylkesmannen hadde bestemt seg for å ikke påklage den mellomliggende dispensasjonen i C-saken - at C-saken i tilfelle kunne brukes som argument for dispensasjon i B-saken.

Forvaltningens gjentatte behandlinger av de to sakene ga dermed den faktiske konsekvens at *et senere* dispensasjonsvedtak (i B-saken) medførte at det første, stadfestede avslaget (i C-saken) ble omgjort til et dispensasjonsvedtak. Dette vedtaket ble så igjen - av fylkesmannen - brukt som avgjørende argumentet for at dispensasjon måtte gis i B-saken. Dette er en form for sirkelargumentasjon som det er forståelig at det reageres på.

Fylkesmannen har i sine svar hit vist til mine uttalelser i to tidligere ombudsmannssaker. Jeg vil derfor avslutningsvis kort kommentere forholdet til disse.

I sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 på s. 289 (Somb-2003-0431) fant jeg at det forelå så store uklarheter med hensyn til om de aktuelle sakene var sammenlignbare, at jeg ba fylkesmannen vurdere dette spørsmålet på nytt. Selv om det ikke var nødvendig for utfallet av saken, uttalte jeg og

så at i tilfelle søkeren påviser saker som faktisk fremstår som like, må utgangspunktet være at disse er relevante. Synspunktet var hvorvidt en sak kunne regnes som en *relevant referanse* i forbindelse med en anførsel om usaklig forskjellsbehandling. Det var her ikke tilfredsstillende at forvaltningen avskrev en påberopt sak som irrelevant uten nærmere begrunnelse. På hvilken måte en relevant referansesak kan vektlegges under «særlige grunner»-vurderingen, i kraft av likebehandlingshensynet, er et annet spørsmål. Jeg viser her til mine uttalelser i ombudsmannssak 2005/1300. Sak 2003/431 ble for øvrig fulgt opp ved at kommunen innhentet uttalelser i den påberopte referansesaken fra sektormyndighetene, jf. ombudsmannens årsmelding for 2004 s. 53. Under henvisning til at sektormyndighetene frarådte dispensasjon, la fylkesmannen til grunn at «det er tilstrekkelig påvist at tillatelsen i [referanse]-saken er klart uheldig og at den ikke kan anses å representere en praksis som kan gi grunnlag for å gi dispensasjon». Jeg fant etter dette ikke grunn til å trekke i tvil fylkesmannens standpunkt, om at det ikke forelå usaklig forskjellsbehandling, og vektla her at sektormyndighetene hadde frarådd dispensasjon både i den gjeldende saken og i den påberopte referansesaken.

I nevnte sak uttalte jeg også at ettersom dispensasjonsmyndigheten er lagt til lokale myndigheter, må deres vurderinger tillegges stor vekt. Dette må imidlertid sees i sammenheng med det som fremgår ovenfor om relevansen av hensynet til det kommunale selvstyre. Under vektleggingen vil det også kunne ha betydning om kommunens vurderinger fremgår klart og om den på en saklig måte har løftet frem og vurdert hensynene som gjør seg gjeldende i saken, herunder hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra.

I ombudsmannssak 2006/167 fant jeg ikke at det kunne utledes noen direkte rett basert på usaklig forskjellsbehandling. I mitt avsluttende brev viste jeg blant annet til Rt. 1983 s. 1290, der Høyesterett uttalte følgende om betydningen av referansesaker:

«[D]et forhold at enkelte søkere - som det kan se ut til - på et kanskje sviktende grunnlag har fått en gunstigere behandling enn den som er blitt Bendiksen til del, er ikke tilstrekkelig til å fastslå at det i forhold til ham er skjedd en usaklig forskjellsbehandling.»

Det var på bakgrunn av tilsvarende betraktninger at fylkesmannen i gjeldende sak ble spurt om det innebar usaklig forskjellsbehandling dersom man i en dispensasjonssak kom til et annet resultat enn i én lignende sak, som fylkesmannen mener er «klart uheldig av miljøvernensyn».

Etter å ha gjennomgått det omfattende referansematerialet i sak 2006/167, kom jeg til at dette «ikke kan være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en usaklig forskjellsbehandling». I denne sammenhengen uttalte jeg blant annet at det var «vanskelig å se hvilke hensyn som i disse sakene er blitt



funnet avgjørende for å gi dispensasjon» og at dette svekket «den vekten sakene kan tillegges ved behandlingen av senere saker».

I sak 2006/167 fant jeg det for øvrig «av vesentlig interesse» at fylkesmannen «etter en konkret vurdering av husets beliggenhet og forholdene for øvrig fant at allmennhetens interesser ikke ville bli skadelidende...» Når fylkesmannen i den saken likevel avslo dispensasjon, var dette basert på generelle betraktninger. Forholdene i gjeldende sak kan dermed ikke sies å tilsvare de spesielle omstendighetene som lå til grunn i sak 2006/167.

Slik saken fremstår, kan det reises spørsmål om fylkesmannen har foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken. Etter gjennomgangen herfra etterlater saken dermed «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be fylkesmannen om å vurdere saken på nytt i lys av det jeg har fremholdt, med sikte på å klarlegge om det var grunnlag for å gi dispensasjon.

For ordens skyld nevnes at tiltakshaver ikke har vært part i ombudsmannssaken. Han må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

## 86.

### **Manglende varslings av berørte fagmyndigheter ved dispensasjon i sak om fradeling i LNF-område**

(Sak 2006/46)

*A søkte om fradeling av tomt med seterhus i et LNF-område. Plan- og utviklingsutvalget i Sør-Fron kommune ga på møte 13. desember 2004 dispensasjon til fradeling. Saken ble deretter sendt på høring etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd. Under henvisning til administrasjonens saksutredning og merknadene fra fagmyndighetene, ble fradeling deretter nektet. Fylkesmannen i Oppland la i sitt vedtak til grunn at utvalget hadde fattet et «foreløpig» vedtak på møtet i desember 2004, og at det etterfølgende vedtaket var et klagebehandlingsvedtak.*

*Ombudsmannen kom til at det ble fattet et enkeltvedtak på utvalgets møte i desember 2004, og at manglende varslings av berørte fagmyndigheter etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd måtte vurderes som en saksbehandlingsfeil. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

*I fylkesmannens fornyede behandling ble det lagt til grunn at utvalgets vedtak fra desember 2004 var et enkeltvedtak, og manglende varslings ble vurdert som en saksbehandlingsfeil. Fylkesmannen kom etter en konkret vurdering til at utvalgets fradelingsvedtak fra desember 2004 på tross av feil var gyldig, og at det ikke var adgang til omgjøring etter forvalt-*

*ningsloven § 35 første ledd bokstav c. Kommunens vedtak om å tillate fradeling ble således stående som det endelige vedtak i saken.*

A søkte om fradeling av tomt på 1,2 da med påståen- de seterhus fra eiendommen ... i Sør-Fron kommune. Området er i arealdelen til kommuneplanen avsatt til LNF-formål, og søknaden ble derfor behandlet som en dispensasjonssak, jf. plan- og bygningsloven § 7. A hadde tidligere fått avslag på søknad om fradeling.

Plan- og utviklingsutvalget i kommunen behandlet saken som en søknad om fradeling både etter jordloven § 12 og etter plan- og bygningsloven § 93 første ledd bokstav h. I vedtak 1. november 2004 avslo kommunen søknaden etter begge bestemmelsene under henvisning til administrasjonens saksutredning. A påklaget vedtaket, og klagen ble behandlet 13. desember 2004 av plan- og utviklingsutvalget i kommunen. Administrasjonen gikk i sitt forslag til vedtak inn for å opprettholde vedtaket 1. november 2004 både i forhold til plan- og bygningsloven og jordloven. Flertallet i plan- og utviklingsutvalget fulgte imidlertid ikke administrasjonens innstilling, og fattet følgende vedtak (fire mot tre) uten nærmere begrunnelse:

- «1. P&Utviklingsutvalget omgjør sitt vedtak i PU-sak 118/04 fra 1.11.2004 og gir A dispensasjon til å dele fra 1,2 da med påståen- de hus fra ... .
2. Det er en forutsetning at eiendommen blir solgt til dattera C. Er ikke eiendommen overdratt innen 2 år går den tilbake til hovudbølet ... .»

Kommunen sendte A en kopi av vedtaket 13. desember 2004, og informerte samtidig om at avgjørelser som er tatt av plan- og utviklingsutvalget «kan påklagast til Fylkesmannen» og at «klagefristen er 3 veker». Saken ble etter dette sendt berørte fagmyndigheter til uttalelse, jf. pbl. § 7 tredje ledd. Det ble blant annet vist til at administrasjonen ikke kunne se at det i saken forelå særlige grunner for å dispensere som omsøkt.

Kommunen behandlet saken på nytt 23. mai 2005. Administrasjonen opprettholdt i innstillingen sitt tidligere standpunkt om at det ikke forelå særlige grunner for dispensasjon til deling. Plan- og utviklingsutvalget fattet følgende vedtak 23. mai 2005:

- «1. Plan- og utviklingsutvalget viser til saksutredningen samt til de innkomne merknadene fra overordna myndigheter, og nekter med hjemmel i plan- og bygningslovens § 7 og kommuneplanens arealdel A dispensasjon for å kunne dele fra 1,2 daa med påståen- de seterhus fra eiendommen ... i Sør-Fron kommune.
2. Saka oversendes fylkesmannen i Oppland for endelig behandling.»

Saken ble oversendt Fylkesmannen i Oppland. As advokat hadde merknader til saken i brev til fylkesmannen. Han anførte blant annet at kommunens ved-

tak 13. desember 2004 var å anse som et endelig og begunstigende vedtak som ikke var påklaget, og at kommunen ikke hadde adgang til å omgjøre vedtaket etter forvaltningsloven § 35.

Fylkesmannen tok ikke As klage til følge, og opprettholdt kommunens vedtak 1. november 2004 om å avslå søknaden om fradeling av tomt med påstående seterhus. I fylkesmannens vedtak het det blant annet at:

«Saken ble forberedt av administrasjonen som klagesak etter at A den 10. november 2004 hadde påklaget plan- og utviklingsutvalgets avslagsvedtak av 1. november 2004 i sak 118/04. Administrasjonen hadde innstilt på at klagen ikke skulle tas til følge og at saken skulle oversendes fylkesmannen for klagebehandling. Plan- og utviklingsutvalget fulgte ikke administrasjonens innstilling, men fattet i stedet et ubegrunnet «vedtak» der det heller ikke henvises til hjemmel. Det fremgår imidlertid av «vedtaket» at dette dreier seg om en dispensasjon. Det fremgår ikke av «vedtaket» om forholdet til jordloven er avklart.

Administrasjonen behandler dette som en forberedelse av dispensasjonssak, der det politiske utvalg har signalisert at det stiller seg positivt til dispensasjonsspørsmålet. Som en følge av dette sendes søknad om dispensasjon den 16. desember 2004 ut på «sentral høring» til fylkeskommunen og berørte statlige sektormyndigheter, jf. pbl. § 7 tredje ledd.

Denne behandlingen samsvarer med hva Landbruksdepartementet og Miljøverndepartementet har uttalt i felles brev den 4. mai 1998 ...

Videre samsvarer den forståelsen administrasjonen har med den saksbehandling som Fylkesmannen i Oppland og Oppland fylkeskommune har forutsatt i «Revidert rundskriv om kommunal planlegging etter plan- og bygningsloven» Del 2: Dispensasjoner etter § 7 i plan- og bygningsloven på s. 28 ...

---

Fylkesmannen mener at vedtaket av 13. desember 2004 ikke er å betrakte som et endelig vedtak i saken etter plan- og bygningsloven. Det er i vurderingen lagt vekt på at endelig vedtak på dette stadiet av saken ikke er i tråd med føringer fra sentrale og regionale myndigheter og at administrasjonen i kommunen har behandlet det som et foreløpig vedtak som krever ny behandling i kommunen. Videre er det vektlagt at høringsmyndigheter har forstått dette som en hørings sak, og ikke som et endelig vedtak som eventuelt måtte påklages, og at klager er gjort kjent med at vedtaket krever videre behandling og ser ut til å ha vært inneforstått med dette.»

Fylkesmannen la subsidiært til grunn at dersom kommunens vedtak 13. desember 2004 var et enkeltvedtak, kunne dette «omgjøres etter forvaltningslovens § 35 i kommunens vedtak 23. mai 2005». For den videre behandling av saken la fylkesmannen til grunn at kommunens vedtak 1. november 2005 var påklaget av A og at det ikke forelå særlige grunner for dispensasjon, jf. plan- og bygningsloven § 7.

Saken ble brakt inn for ombudsmannen. Klageren fastholdt at kommunens vedtak 13. desember 2004 var et endelig vedtak, og at det ikke forelå om-

gjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35. Ombudsmannen ble videre bedt om å vurdere hvorvidt kommunens vedtak 23. mai 2005 måtte anses som et ugyldig endringsvedtak.

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere, og saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Oppland. Ombudsmannen viste til fylkesmannens vedtak og synspunktet om at «vedtaket av 13. desember 2004 ikke er å betrakte som et endelig vedtak». Det ble også vist til fylkesmannens begrunnelse om at «endelig vedtak på dette stadiet av saken ikke er i tråd med føringer fra sentrale og regionale myndigheter», og at «høringsmyndigheter har forstått dette som en hørings sak». Fylkesmannen ble bedt om å gi en grundig redegjørelse for det rettslige syn det her ble gitt uttrykk for. Det ble stilt spørsmål om forvaltningsloven § 33 kan forstås slik at den åpner for å treffe «foreløpige vedtak» som skal danne grunnlag for ytterligere vedtak senere. Det ble særlig bedt om en kommentar til forvaltningsloven § 33 fjerde ledd. Det ble videre bedt om en redegjørelse for om vedtak truffet i strid med «føringer» og som av sektormyndighetene er «forstått som en hørings sak» fratar det dets karakter av å være et vedtak i forvaltningslovens forstand. Ombudsmannen viste deretter til fylkesmannens subsidiære drøftelse, og ba fylkesmannen redegjøre for hvilket alternativ i forvaltningsloven § 35 fylkesmannen mente ga hjemmel for omgjøring i dette tilfellet. Fylkesmannen ble spurt om vilkårene for omgjøring i tilfelle forelå, og om det den 23. mai 2005 faktisk ble fattet et vedtak om omgjøring av vedtaket 13. desember 2004. Fylkesmannen ble avslutningsvis bedt om å redegjøre for om hun hadde prøvet kommunens (endelige) vedtak 23. mai 2005, og i så tilfelle på hvilken måte.

I fylkesmannens svarbrev het det blant annet:

«Fylkesmannen vurderte det slik at det var vedtaket av 1. november 2004 vi hadde til klagebehandling.

Videre vurderte Fylkesmannen vedtaket av 13. desember 2004 i forbindelse med sin behandling av klagesaken og la til grunn at dette ikke kunne betraktes som et enkeltvedtak, men som en avgjørelse fra politisk myndighet om videre saksbehandling fordi det faste utvalget for plan saker var innstilt på å gi dispensasjon mot administrasjonens innstilling. En slik forståelse er i tråd med vanlig saksbehandling i denne type saker.

Fylkesmannen ser at ordlyden i vedtaket av 13. desember 2004 kan tale for å se dette som et enkeltvedtak. Fylkesmannen kom imidlertid til sin konklusjon etter en konkret vurdering av flere forhold i saken. Det vises i den forbindelse til det lovfestede kravet i plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd om høring av fylkeskommunen og berørte statlige sektormyndigheter før dispensasjon gis. Fylkesmannen siterte videre fra rundskriv fra Oppland fylkeskommune og Fylkesmannen i Oppland på s. 28 ....

Fylkesmannen har altså lagt til grunn at det ble fattet en beslutning den 13. desember 2004 som ikke er å betrakte som et enkeltvedtak, men

som et ønske om å gi dispensasjon hvilket innebærer at saken i samsvar med systemet i dispensasjonssaker må ut på høring først ....»

Til spørsmålene knyttet til fylkesmannens subsidiære drøftelse, skrev fylkesmannen at det var lagt til grunn at omgjøring av kommunens vedtak 13. desember 2004 kunne skje fordi vedtaket var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 annet ledd jf. første ledd bokstav c. Fylkesmannen viste her til at vedtaket led av saksbehandlingsfeil blant annet fordi saken ikke hadde vært ute på høring etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd før vedtak ble fattet, og at saken heller ikke hadde vært tilstrekkelig opplyst.

Fylkesmannen hadde ikke omgjort kommunens vedtak 13. desember 2004, og det ble ikke lagt til grunn at kommunens vedtak 23. mai 2005 var et omgjøringsvedtak. Sistnevnte vedtak ble derimot oppfattet «som underinstansens vurdering av klagen etter forvaltningsloven § 33».

Fylkesmannens svarbrev ble oversendt advokat D som kom med ytterligere merknader i brev hit.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Saken reiser spørsmål om Sør-Fron kommune ved plan- og utviklingsutvalget fattet et vedtak på møtet 13. desember 2004.

Klager anfører at det ble fattet et vedtak om å gi dispensasjon til fradeling på vilkår på dette møtet. Fylkesmannen har derimot ... lagt til grunn at «vedtaket av 13. desember 2004 ikke er å betrakte som et endelig vedtak», og viser til at kommunen har behandlet det som «et foreløpig vedtak». I brev hit har fylkesmannen videre fremholdt at dette er en «uttalelse fra politiske myndigheter om videre saksbehandling fordi det faste utvalget for plansaker var innstilt på å gi dispensasjon».

Plan- og utviklingsutvalgets avgjørelse 13. desember 2004 lyder:

- «Vedtaket: (4-3) Som forslaget fra Tor Lien
1. P&Utviklingsutvalget omgjør sitt vedtak i PU-sak 118/04 fra 1.11.2004 og gir A dispensasjon til å dele fra 1,2 da med påstående hus fra ... .
  2. Det er en forutsetning at eiendommen blir solgt til dattera C. Er ikke eiendommen overdratt innen 2 år går den tilbake til hovudbølet ... .»

Foranledningen til utvalgets møte 13. desember 2004 var As klage 10. november 2004 på utvalgets vedtak 1. november 2004. Etter fvl § 33 andre ledd skal «underinstansen ... foreta de undersøkelser klagen gir grunn til», og den kan «oppheve eller endre vedtaket dersom den finner klagen begrunnet». Bestemmelsen gir underinstansen adgang til å treffe et nytt realitetsvedtak til klagers gunst. Dette vil være et enkeltvedtak som kan påklages etter fvl § 28. Forvaltningsloven § 33 åpner imidlertid ikke for at det

kan fattes avgjørelser av «foreløpig» karakter. Lovens system er derimot at dersom det ikke fattes en avgjørelse etter fvl § 33 andre ledd, «skal sakens dokumenter sendes klageinstansen», jf. fvl § 33 fjerde ledd. Etter min oppfatning ga ikke § 33 hjemmel for å fatte et «foreløpig» vedtak på møtet 13. desember 2004. Slik jeg leser ovennevnte avgjørelse kan jeg ikke se annet enn at utvalget fattet et omgjøringsvedtak der A ble gitt dispensasjon på vilkår. Dersom det var slik at utvalget kun mente å komme med en uttalelse om videre saksbehandling burde det ha uttalt seg annerledes.

I begrunnelsen for at utvalget ikke fattet et enkeltvedtak på møtet 13. desember 2004, synes fylkesmannen å legge avgjørende vekt på at saken ikke ble sendt på høring etter plan- og bygningsloven (pbl) § 7 tredje ledd, som bestemmer at:

«Ved dispensasjon fra kommuneplanens areal- del, reguleringsplan, bebyggelsesplan eller fra denne lovs §§ 17-2 og 23, skal fylkeskommunen og statlige myndigheter hvis saksområde blir direkte berørt, være gitt høve til å uttale seg før dispensasjon gis.»

Varslingsregelen, også omtalt som høringsregelen, skal sikre at fylkeskommunale og statlige myndigheter får uttale seg før det treffes dispensasjonsvedtak, samt at vedkommende sektormyndighet gis en reell mulighet til å kunne påklage vedtaket. Bestemmelsen er en pliktregel i den forstand at berørte myndigheter «skal» gis mulighet til å uttale seg før vedtak om dispensasjon treffes.

Fylkesmannen henviste i vedtaket 8. desember 2005 til «Revidert rundskriv om kommunal planlegging etter plan- og bygningsloven» s. 28 der det fremgår at et eventuelt vedtak om innvilgelse av dispensasjon uten at berørte myndigheter er hørt «ikke [kan] betraktes som endelig vedtak». Det ble også vist til Landbruksdepartementet og Miljøverndepartementets brev 4. mai 1998, og uttalelsen der om at:

«Viser behandlingen av saken at utvalget er innstilt på å gi dispensasjon til tross for negativ innstilling fra administrasjonen, må også ekstern høring gjennomføres før utvalget treffer endelig vedtak. ...»

Samme uttalelse følger også av Miljøverndepartementets planjuridiske fortolkning 1/98, T-1241, punkt 2 bokstav c. På bakgrunn av henvisningene legger fylkesmannen i vedtaket til grunn at:

«[D]et ble fattet en beslutning den 13. desember 2004 som ikke er å betrakte som et enkeltvedtak, men som et ønske om å gi dispensasjon hvilket innebærer at saken i samsvar med systemet i dispensasjonssaker må ut på høring først».

En konsekvens av regelen i plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd er at berørte fagmyndigheter skal sendes varsel i dispensasjonssaker dersom planutvalget er innstilt på å gi dispensasjon på tross av ne-

gativ innstilling fra administrasjonen. Så langt er jeg enig i fylkesmannens oppfatning av pbl § 7 tredje ledd og departementenes veiledning. Fylkesmannens standpunkt i denne saken kan imidlertid oppfattes slik at manglende varsling vil frata en avgjørelse dets karakter av å være et vedtak etter forvaltningsloven, og omgjøre det til en beslutning eller et «ønske om å gi dispensasjon».

Regelen om varsling i pbl § 7 tredje ledd pålegger forvaltningen en plikt. Dersom det fattes et vedtak uten at denneplikten er overholdt, er dette en saksbehandlingsfeil. Forvaltningen må da vurdere om denne saksbehandlingsfeilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Manglende varsling kan ikke automatisk føre til at et vedtak om dispensasjon ikke lenger kan karakteriseres som et vedtak, men som et «ønske». Det ville i så fall innebære at manglende varsling etter pbl § 7 tredje ledd er en innholdsfeil som gjør et vedtak ugyldig uten at det må foretas en konkret vurdering av om feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Et slikt syn kan ikke være riktig.

Jeg er etter dette kommet til at plan- og utviklingsutvalget i Sør-Fron kommune fattet et enkeltvedtak på møtet 13. desember 2004.

Det neste spørsmålet saken reiser er den rettslige betydningen av utvalgets vedtak 23. mai 2005 der utvalget «nekter» dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for omsøkte fradeling.

Fylkesmannen legger til grunn i brevet hit 15. mai 2006 at utvalgets vedtak 23. mai 2005 er en vurdering av As klage over vedtaket 1. november 2004, jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd og ikke et omgjøringsvedtak etter § 35. I lys av min konklusjon om at utvalget realitetsbehandlet denne klagen på møtet 13. desember 2004, og ga A dispensasjon, ser jeg annerledes på dette. Slik saken er opplyst, ble vedtaket 13. desember 2004 ikke påklaget.

I brev hit har fylkesmannen visse merknader til omgjøringsadgangen, men har selv ikke fattet et vedtak om omgjøring, jf. fvl § 35 annet ledd idet «spørsmålet om omgjøring som følge av ugyldighet vil eventuelt måtte vurderes på et senere tidspunkt».

På bakgrunn av at min kontroll med forvaltningen er etterfølgende, finner jeg å måtte be fylkesmannen foreta en fornyet vurdering av den rettslige betydningen av plan- og utviklingsutvalgets vedtak 13. desember 2004 og forholdet til fvl § 35.

De ulike politiske og administrative innspill og vedtak etterlater et uryddig inntrykk av saksbehandlingen som også synes å ha trukket unødige lenger ut. Fylkesmannen bør derfor påskynde og prioritere behandlingen. Gode grunner taler for at det nå blir fattet et realitetsvedtak i saken slik at søker kan få en endelig avklaring.

Jeg ber om å bli holdt orientert om resultatet av denne vurderingen.»

Fylkesmannen vurderte deretter saken på nytt. Det ble i behandlingen lagt til grunn at utvalgets vedtak 13. desember 2004 var et enkeltvedtak, og manglende varsling ble vurdert som en saksbehandlingsfeil. Fylkesmannen kom etter en konkret vurdering til at utvalgets fradelingsvedtak 13. desember 2004, på tross av feil var gyldig, og at det ikke var adgang til å omgjøre vedtaket etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Kommunens vedtak om å tillate fradeling ble således stående som det endelige vedtaket i saken.

## 87.

### Sak om beregning av utnyttingsgrad – Kilen brygge, Sandefjord

(Sak 2006/447)

*Reguleringsplanen for Kilen brygge i Sandefjord inneholdt begrensninger i utnyttingsgraden for de ulike delfelt. Kommunen mente at det ikke var nødvendig å regne med arealet for et underjordisk garasjeanlegg ved beregningen av utnyttingsgraden, og fylkesmannen sluttet seg til dette.*

*Ombudsmannen var uenig med fylkesmannens syn. Reguleringsplanen - forstått på bakgrunn av tekniske forskrifter til plan- og bygningsloven - gjorde at den aktuelle byggetillatelsen ikke lovlig kunne gis. Det var også uriktig av fylkesmannen å bygge på at byggetillatelsen var i samsvar med kommunens antatte ønske. Avgjørende for om en byggesøknad kan tas til følge, er om den er i samsvar med lov og plan.*

*Fylkesmannen besluttet på bakgrunn av ombudsmannens uttalelse i saken å oppheve kommunens vedtak og hjemvise saken til ny behandling.*

Sandefjord kommune vedtok i 2001 reguleringsplan for Kilen brygge i Sandefjord. Planen regulerer et omfattende prosjekt i havneområdet og består av flere delfelt/bygninger. A er gjenboer til det aktuelle området. Spørsmålet for ombudsmannen er om et parkeringsanlegg delvis lagt under terreng skal regnes med i størrelsen «tillatt bruksareal» (T-BRA).

I forbindelse med behandlingen av søknad om rammetillatelse for oppføring av en boligblokk benevnt «Hus 2» i reguleringsplanens delfelt C, ble det reist spørsmål om bestemmelsene om utnyttingsgrad for det aktuelle delfeltet var til hinder for å innvilge byggesøknaden. Ansvarlig søker henvendte seg i denne forbindelse til kommunen med spørsmål om korrekt beregning av tillatt utnyttingsgrad. I et brev til ansvarlig søker ga kommunen under tvil uttrykk for at parkeringsanlegget delvis under terreng i det aktuelle delfeltet ikke skulle tas med i beregningsgrunnlag for T-BRA.

Sandefjord kommune, Plan- utbyggingsutvalget, ga rammetillatelse for det aktuelle bygget. I et brev datert samme dag fra As advokat til planutvalgets medlemmer, ble det gjort gjeldende at reglene om beregning av T-BRA var anvendt feil, og at regule-

ringsplanen var til hinder for å gi den aktuelle byggetillatelsen. Brevet ble imidlertid mottatt først etter at planutvalgets vedtak forelå. Det ble likevel oppfattet som en klage over rammetillatelsen. Saken ble behandlet på nytt av Plan- og utbyggingsutvalget, som opprettholdt vedtaket mot én stemme. Fylkesmannen i Vestfold tok ikke klagen til følge. I klagen til ombudsmannen gjorde A gjeldende at reguleringsplanen måtte forstås slik at garasjekjelleren skulle medtas i beregningen av utnyttingsgraden.

Klagen ble forelagt Fylkesmannen i Vestfold. Fylkesmannen ble først bedt om å gi en generell redegjørelse for i hvilken grad det var anledning til å supplere reguleringsplanens bindende bestemmelser med «forutsetninger» om hvordan T-BRA skal beregnes. Det ble spurt om et slikt avvik fra reguleringsplanen ga uttrykk for at beregningsreglene i TEK var fraveket, og om fylkesmannen mente at planen i dette tilfellet åpnet for en annen forståelse av T-BRA enn det som fremgikk av teknisk forskrift (TEK).

Fylkesmannen ble dernest spurt om hvilken betydning henvisningene i en særskilt «illustrasjonsplan» til «underjordisk parkering» hadde for spørsmålet om parkeringsanlegg over bakkeplan, men under boligetasjene, skal tas med beregningsgrunnlaget for T-BRA.

I forhold til fylkesmannens merknad om at det ikke var «tvil om at kommunen ville ha godkjent prosjektet med garasjedel under boligene uten at denne delen skulle ha» ... ble det spurt om ikke det sentrale spørsmålet i saken var hvilken begrensning i tomteutnyttingen som faktisk var vedtatt av kommunen.

Det ble til slutt spurt om fylkesmannen var enig i en anførsel i klagen om at bygningsvolumet i det aktuelle felt C ble økt med ca. 5 000 m<sup>2</sup>. Fylkesmannen ble stilt spørsmål om hvilken betydning dette i tilfelle hadde for vurderingen av spørsmålet om parkeringsarealet skulle medtas i beregningsgrunnlaget for T-BRA.

Til ombudsmannens første spørsmål ble det svart at fylkesmannen i vedtaket hadde forutsatt at parkering under bakkenivå og under bygningsdelen skulle holdes utenom kravet til bruksareal. Det het videre:

«Reguleringsplanen for Kilenområdet har klare bestemmelser om maksimalt tillatt bruksareal for de forskjellige feltene. Som Fylkesmannen uttaler i sitt vedtak er det liten tvil om at garasjevolumene under bebyggelsen er måleverdige etter gjeldende byggeforskrifter. Dersom volumene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget for tillatt bruksareal (T-BRA) må det fremgå av planbestemmelsene.

Fylkesmannen mener ikke at planen åpner for en annen forståelse av bruksareal enn det som fremgår av TEK. Kommunen kan imidlertid i reguleringsplanen bestemme høyde, antall etasjer og bruksformålet til etasjene. Dette må bety at kommunen kan bestemme at garasjedel under bygningen ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget for tillatt bruksareal for formålet.»

Til ombudsmannens annet spørsmål svarte fylkesmannen:

«Fylkesmannen fant at ved en naturlig tolkning av reguleringsplanen med reguleringsbestemmelsenes innledning og bestemmelsene at parkeringsareal under bakkenivå og bygningsnivå skal holdes utenfor tillatt bruksareal. Dette er etter vårt syn også i samsvar med den totalløsning som lå til grunn for behandlingen av reguleringsplanen. Her var det gitt klare rammer for reguleringsplanen der det sies eksplisitt hva som inngår i bruksarealet for de forskjellige felt. I reguleringsbestemmelsenes pkt. 1.4 står at parkering under torg og bygningsnivå ikke regnes som en etasje. Parkeringen skulle foregå under bakke- og bygningsnivå.

Fylkesmannen gjør for ordens skyld oppmerksom på at parkeringsarealet på land ligger under bakkenivå og fortsetter ut i sjøarealene. I sjøarealene ligger parkeringsarealene under det kunstige terrengnivået på Kilen. Med bygningsnivå menes, etter kommunens opplysninger, all bebyggelse oppe på «lokket» over parkeringsarealene. Vi viser for øvrig til nedenforstående uttalelse fra kommuneadvokaten vedrørende parkering under bakkenivå.

Før Fylkesmannen fattet sitt vedtak hadde vi et møte med kommunens administrasjon hvor vi ble nærmere orientert om utbygningsplanene, planbestemmelsene mv. Eldre og nyere illustrasjonsplaner ble gjennomgått, bl.a. den som er dattert 19. juni 1998.»

Til det tredje spørsmålet herfra skrev fylkesmannen at merknaden i vedtaket var en kommentar til hvordan fylkesmannen så på kommunens ønske om hvordan utbyggingen på Kilen skulle gjennomføres. Fylkesmannen hadde lagt til grunn at hans tolkning av reguleringsplanen var naturlig og i tråd med kommunens ønsker og forutsetninger.

A kom tilbake til saken og gjorde gjeldende at selv om kommunens intensjon skulle ha vært at parkeringskjeller ikke skulle inngå i beregningen, var dette ut fra en premiss om at parkeringskjelleren skulle ligge under bakkenivå. Dette faktiske grunnlaget hadde nå endret seg, ettersom vesentlige deler av parkeringsarealet nå skulle være beliggende over bakkenivå. Det ble videre gjort gjeldende at fylkesmannens henvisning til at kommunen i reguleringsplan også kan bestemme at garasjedel under bygning ikke skal inngå i beregningsgrunnlag for T-BRA, ikke var relevant i saken. Det ble understreket at kommunen var bundet av reguleringsbestemmelsene som alle andre. Kommunen hadde heller ikke gjort det tilstrekkelig klart at TEK skulle fravikes når det i reguleringsbestemmelsene ble inntatt en bestemmelse om at «Parkering under torg og bygningsnivå regnes ikke som en etasje». Det ble for øvrig vist til en uttalelse fra Statens Bygningstekniske etat til kommunen.

Fylkesmannen kom tilbake til saken. Det ble opplyst at parkeringsarealet ikke ligger over bakkenivå. Terrenget er konstruert, men dette var kjent i reguleringsprosessen. Det ville etter kommunens

mening vært meningsløst ikke å utnytte rommet under dekket til nødvendig parkering. Fordi det var et teknisk ønske om å legge gulvet i parkeringskjelleren over havnivå, medførte dette at dekket ble 0,7 m over *nødvendig* høyde. Byggets totale høyde ligger imidlertid fortsatt innenfor reguleringsplanens ramme.

A sa seg uenig i det som fremgikk av fylkesmannens brev. Det ble dessuten fremlagt et arealregnskap som etter As syn viste konsekvensene av ikke å følge TEK.

Fylkesmannen og A har etter dette ikke kommet tilbake til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Boliblokken denne saken gjelder, er tillatt oppført på gnr ... bnr ... i Sandefjord kommune. Arealdisponeringen for denne eiendommen bestemmes av Reguleringsplan for Kilenområdet, vedtatt av Sandefjord kommune - kommunestyret - 28. juni 2001. Blokken er tillatt plassert på det som i reguleringsplanen er angitt som delfelt C. For det aktuelle delfeltet er utnyttingsgraden bestemt som «maks 21 500 kvm BRA». Kommunen og fylkesmannen er enige om at henvisningen til «maks BRA» ikke innebærer noen realitetsforskjell fra størrelsen T-BRA, slik denne er definert i forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk 22. januar 1997 nr. 33 (TEK) kap. III. For enkelthets skyld viser jeg derfor i det følgende til T-BRA.

Reguleringsplanen bestemte at utbyggingen av området skulle skje etappevis, og slik at delfelt C og deler av delfelt E og D skulle bygges ut først. Det ble videre bestemt at det før det ble gitt rammetillatelse for første utbyggingsetappe, måtte foreligge en godkjent detaljplan for området. Slik detaljplan ble gitt av Plan- og utbyggingsutvalget i kommunen i vedtak 19. september 2001. Fylkesmannens vedtak er imidlertid ikke begrunnet i denne detaljplanen, og det er heller ikke lett å se at den underbygger fylkesmannens vedtak i saken. Jeg omtaler derfor ikke denne planen nærmere i det følgende.

Vedtatt reguleringsplan gir bindende bestemmelser for arealbruken i reguleringsområdet, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 31 nr. 1. Reguleringsplaner er det sentrale verktøyet kommunen har for å styre arealdisponeringen i et bestemt område. Plan- og bygningsloven gir saksbehandlingsregler for å sikre at reguleringsplanen gis et innhold som er veloverveid, og som også sikrer at berørte interesser blir hørt. Reguleringsplanens funksjon som styringsdokument svekkes dersom folk ikke kan gå ut fra at innholdet i den også vil bli lagt til grunn ved byggesaksbehandlingen. Dette innebærer at det som utgangspunkt ikke kan gis tillatelse til søknadspåtlige tiltak som er i strid med reguleringsplan, herunder bestemmelser om utnyttingsgrad.

Dersom det er ønskelig å gi tillatelse til noe regu-

leringsplanen ikke åpner for, må det gis dispensasjon fra den. Alternativt må planen endres, enten gjennom en ordinær planprosess eller som en mindre vesentlig planendring, jf. plbl. § 28-1 nr. 2. Imidlertid er så vel dispensasjon som (mindre vesentlige) planendringer betinget av at de materielle og prosessuelle vilkår er oppfylt.

Er byggetillatelse gitt i strid med en bindende reguleringsplan, er den - så langt feilen rekker - beheftet med en ugyldighetsgrunn, så sant det ikke er gitt dispensasjon.

Avgjørende for om en bestemt byggesøknad kan tas til følge, er således om planen - etter en fortolkning av planen selv og med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av planens bestemmelser - ikke er til hinder for den aktuelle søknaden. Det er grunn til å understreke at det selvsagt ikke er adgang til å etterkomme en byggesøknad bare på det grunnlag at det er ønskelig å etterkomme den, dersom reguleringsplanen etter en rimelig forståelse er til hinder for det.

Sentralt i denne saken står spørsmålet om parkeringsgarasjen som bl.a. er plassert under Hus 2 skal medtas i beregningen av T-BRA. Bestemmelser om beregningsmåten for de forskjellige angivelsene av utnyttingsgrad er gitt i TEK kap. III. TEK § 3-5 lyder slik:

«Tillatt bruksareal for bebyggelse for en tomt angis i m<sup>2</sup> og skrives T-BRA = 00 m<sup>2</sup>. Bruksarealet beregnes med utgangspunkt i Norsk Standard 3940, men med følgende endringer:

- Uinnredete bygningsvolumer som tilfredsstiller standardens krav til høyde og bredde inngår i beregningsgrunnlaget.
- Det skal ikke gjøres fradrag for kanaler, sjakter, skillevegger og tykke innervegger.
- For bygninger med etasjehøyde over 3,0 m, beregnes tillatt bruksareal som om det var lagt et horisontalplan for hver 3. m.
- Overbygd, åpent areal (OPA) mer enn 1,0 m innenfor kant av takoverdekning går inn i beregningsgrunnlaget.
- For bruksareal under terreng, se § 3-7.»

Ved forskriftsendring 26. januar 2007 ble TEK noe endret. Henvisningene i det følgende gjelder TEK slik den lød på tidspunktet for fylkesmannens vedtak.

Som det fremgår av bestemmelsen, er den tiltenkte bruken av det aktuelle arealet uten betydning for om det skal inngå i beregningen av T-BRA.

TEK § 3-7 bestemmer at det i planen kan bestemmes om bruksareal helt eller delvis under terreng skal medregnes i grad av utnytting. Forskriften åpner således for at planen kan fastsette at areal helt eller delvis under terreng ikke skal regnes med i bruksarealet, og dermed heller ikke inngå i beregningen av T-BRA. Dersom reguleringsplanen ikke berører spørsmålet om areal under terreng skal medtas i beregningen, følger det av henvisningen i TEK § 3-5 til NS 3940 at arealet skal medtas. At dette er

løsningen, fremgår dessuten uttrykkelig av Miljøverndepartementets veileder T-1205 om Grad av utnyttning s. 15.

Formålet med forskriftsbestemmelsene om utnyttingsgrad er å gi entydige definisjoner på de målestørrelsene som benyttes i plansammenheng. Angivelse av hvor stor grad av utnyttning som kan tillates, hører til de spørsmål en reguleringsplan skal gi et klart svar på, se nærmere Miljøverndepartementets rundskriv T-1381 om reguleringsplaner s. 8 og s. 20. Rundskrivet understreker at bestemmelser om utnyttingsgrad må fastsettes av kommunestyret selv som reguleringsmyndighet, og det er således ikke adgang til å overlate fastsettelsen av dette til andre organer. Jeg antar at bakgrunnen for disse reglene er at det ofte er knyttet interessekonflikter til spørsmål om utnyttingsgrad, og det er derfor sentralt at det organet som har reguleringsmyndigheten - kommunestyret - gir klare og enkelt praktikable regler om dette. Det er tilsvarende av vesentlig betydning at kommunestyrets syn fremgår av plandokumentene på en utvetydig måte.

Det fremgår videre av det nevnte rundskrivet s. 25 at det ikke kan gis planbestemmelser «i strid med byggeforskriftenes bestemmelser om måling av bygningshøyde og om grad av utnyttning». Av forordet til Miljøverndepartementets veileder T-1205 fremgår det videre at «andre beregningsmåter enn de tre som er nevnt i [TEK ikke kan] brukes ved fastsetting av grad av utnyttning». Jeg antar at plan- og bygningsmyndighetene har disse veilederne for hånden og at de benyttes aktivt når forholdet til regler om utnyttingsgrad vurderes. Formålet med bestemmelsene er å sikre at det benyttes enhetlige og dermed lettere tilgjengelige definisjoner for så vidt sentrale planbestemmelser som utnyttingsgrad.

Som det fremgår over, er utgangspunktet at bruksareal under terreng skal regnes med i beregningen av T-BRA. Et avvik fra dette utgangspunktet vil kreve en uttrykkelig regulering i planbestemmelsene.

I denne saken har fylkesmannen lagt til grunn at kjellerarealet «i utgangspunktet» skal regnes med i T-BRA. Dette er i samsvar med det jeg har anført ovenfor, og gir ikke grunn til ytterligere merknader.

Fylkesmannen har imidlertid under henvisning til reguleringsbestemmelsene pkt. 1.4 likevel kommet til at kjellerarealet ikke skal tas med ved beregningen av T-BRA. Det aktuelle punktet i reguleringsbestemmelsene lyder slik:

«Det alt vesentlige av parkering skal skje under torg- og bygningsnivå. Parkering under torg- og bygningsnivå regnes ikke som en etasje.»

I fylkesmannens vedtak heter det om dette:

«I planbestemmelsene pkt. 1.4 fremgår det at parkering under torg og bygningsnivå delvis under terreng på land ikke regnes som en etasje og derved en del av maksimalt bruksareal. Da denne bestemmelsen ble utformet var det ikke tiltenkt

at arealet under boligdelen i sjø skulle benyttes til garasjer eller boder, men være et åpent areal. «Etasjen» skulle sikre mot flom og innsyn til boligdelen. Fylkesmannen er ikke i tvil om at kommunen ville ha godkjent prosjektet med garasjedel under boligene uten at denne delen skulle ha inngått i det totale bruksareal dersom denne løsningen hadde fremstått som den beste da planen ble utarbeidet. Hvorvidt planbestemmelsene åpner for omsøkte endring uten dispensasjon kan være noe tvilsomt, men Fylkesmannen finner å kunne slutte seg til kommunens vurdering.»

Det het videre:

«At «underetasjen» i sjø nå tas i bruk til garasjer og boder endrer ikke på selve hovedkonseptet i forhold til høyder og størrelse på bygningen og må anses å samsvare med planen og dens intensjoner. Det har vært en forutsetning at parkering under bakkenivå og under bygningsdelen skal holdes utenom kravet til maksimalt bruksareal. Dette må også legges til grunn selv om garasjedelen flyttes til underetasjen. En kan selvsagt, som rådmannen uttaler, kritisere at reguleringsbestemmelsene ikke er tilstrekkelig klare og konsise når det gjelder forståelsen av pkt. 1.4 og om parkeringen er del av bruksarealet eller ikke. At en ved en naturlig tolkning kommer til at parkering under boligdelen ikke skal regnes med i rammen for tillatt bruksareal synes å være i samsvar med den totalløsning som lå til grunn for behandlingen av reguleringsplanen.»

Det er vanskelig å følge fylkesmannens syn her. Hvorvidt kommunen ville ha godkjent prosjektet med garasjedel under boligene, går ut over rammen for det fylkesmannen skulle vurdere. Som klageinstans i en byggesak skal fylkesmannen ta stilling til og holde seg innenfor hva den aktuelle reguleringsplanen tillater. Om kommunen kunne tenkes å ville endre den eksisterende reguleringsplanen og åpnet for den aktuelle byggesøknaden, er et reguleringsmessig spørsmål som ikke hører hjemme i saken her, og som dessuten har et spekulasjonspreg over seg.

En bestemmelse om at «parkering under terreng» ikke skal regnes som en «etasje», kan heller ikke uten videre forstås slik at *bruksareal* helt eller delvis under terreng, skal regnes med ved beregningen av T-BRA. Bestemmelsen omtaler ikke bruksareal, og regulerer dermed etter ordlyden andre forhold. Der som en bestemmelse som den nevnte fornuftigvis bare kunne forstås som en bestemmelse om bruksareal under terreng, er fylkesmannens slutning nærliggende. Det er imidlertid ikke den eneste slutningen som kan trekkes fra bestemmelsen.

TEK § 4-1 gir måleregler om antall etasjer. Etter bestemmelsen skal en kjeller som bare inneholder «tilleggsdel» og som har himling mindre enn 1,5 m over planert terrengs gjennomsnittsnivå rundt bygningen, *ikke* regnes med i etasjeantallet. Jeg nevner dessuten at det av Veiledning til teknisk forskrift (3. utg. april 2003) fremgår at en «slik kjeller kan inneholde garasje, fordi garasje er tilleggsdel». Den nevnte planbestemmelsen kan således vel så gjerne

forstås som en ren henvisning til at garasjeanlegget ikke skal regnes til etasjeantallet slik TEK § 4-1 allerede angir.

TEK § 3-7 åpner bare for at reguleringsbestemmelsene kan gi bestemmelser om måleverdigheten av bruksareal «helt eller delvis» under *terreng*. For bruksareal som i sin helhet ligger *over* terreng, kan reguleringsplanen *ikke* bestemme at ikke skal tas med i beregningen. Det er således vanskelig å se at det er rettslig adgang til gjennom reguleringsplan å bestemme at bruksareal til for eksempel parkering som ligger over bakkeplan, men under bygningsnivået, ikke skal regnes med til T-BRA.

Det fremgår av fylkesmannens vedtak i saken at det under annengangsbehandlingen av reguleringsplanen i 2001, ble besluttet å trekke parkeringen noe lenger vekk fra Kilgata, og at noe av parkeringsarealet var trukket ut på piren og ble lagt under første boligetasje. Plantegningene synes å vise at i hvert fall for den delen av parkeringsarealet som er lagt på piren under Hus 2, ligger parkeringsarealet i sin helhet over terreng. Det synes således som om i det minste en del av parkeringsarealet ligger helt over terreng. I så fall vil ikke en gang en uttrykkelig bestemmelse i reguleringsplanen gi adgang til å unnta arealet i beregningen av T-BRA.

Fylkesmannen har i vedtaket søkt å underbygge sitt syn ved henvisning til en særskilt illustrasjonsplan, utarbeidet av arkitekten, og som etter reguleringsplanen skal legges til grunn ved fortolkningen av denne. Jeg kan for min del vanskelig se at denne illustrasjonsplanen bidrar til avklaring av saken. Illustrasjonsplanen synes riktignok å forutsette at parkering i stor utstrekning er ment å skje i underjordisk parkeringskjeller. Så vidt jeg kan se, har planen imidlertid ingen bestemmelser som viser at parkeringsarealet ikke skal regnes med i T-BRA. Det er (igjen) grunn til å peke på at så sentrale spørsmål som beregning av utnyttingsgrad bør fremgå direkte og klart av det reguleringsvedtaket som kommunestyret treffer, jf. de nevnte veilederne fra Miljøverndepartementet.

Fylkesmannen uttrykte i klagevedtaket tvil om planbestemmelsene «åpner for omsøkte endring uten dispensasjon». Denne tvilen var velbegrunnet. De momentene fylkesmannen har anført for at tiltaket likevel faller inn under planen, er ikke overbevisende. Det knytter seg tvil til forhold av betydning for saken. Fylkesmannen bør vurdere saken på nytt.

Formålet med fylkesmannens fornyede vurdering må være å bringe på det rene om byggetillatelsen for bygg 2 medfører at samlet tomteutnyttelse for felt C overstiger det reguleringsplanen tillater. Så langt saken er opplyst her, synes tomteutnyttelsen for felt C å være slik at den allerede før det omstridte parkeringsarealet er regnet med, nærmer seg reguleringsplanens grense for tillatt utnyttelse. Det eksakte arealregnskapet er derimot ikke undersøkt herfra. Er grensen overskredet, må fylkesmannen vurdere om vedtaket skal oppheves og hjemvise saken til ny be-

handling i kommunen. Jeg har ikke tatt stilling til utfallet av kommunens behandling. Det er ikke vurdert om byggetillatelsen i tilfelle kan gis ved dispensasjon, eller om formell planendring vil være nødvendig. Det er også grunn til å understreke at rammen for min undersøkelse av saken har vært forholdet mellom klageren og forvaltningen. Tiltakshaveren har ikke vært part i saken. Ved fylkesmannens fornyede vurdering forutsetter jeg at hensynet til alle parter i forvaltningssaken blir tatt vare på.

Min undersøkelse av saken er med dette avsluttet, men jeg ber om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen videre foretar seg.»

Fylkesmannen opphevet deretter kommunens vedtak og hjemviste dette til ny behandling i kommunen.

## 88.

### Mangelfull behandling av sak om oppføring av leilighetskompleks i Arendal kommune

(Sak 2005/2137)

*En nabo hevdet at en sak om oppføring av et leilighetskompleks i Arendal var behandlet i strid med flere av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og plan- og bygningsloven. Saken var blitt behandlet flere ganger av henholdsvis Arendal kommune og Fylkesmannen i Aust-Agder.*

*Ombudsmannen kom til at en person som hadde tatt del i avgjørelsen, og som var gift med en direktør i forsikringselskapet som sto bak byggeprosjektet, hadde vært inhabil, jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd. Det godkjente tiltaket var i strid med den da gjeldende reguleringsplanen uten at det fremgikk at dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 var vurdert. Mindre vesentlige endringer av reguleringsplanen var vedtatt uten at fremgangsmåten foreskrevet i plan- og bygningsloven lot til å være fulgt.*

*Fylkesmannen i Aust-Agder ble bedt om å vurdere saken på nytt, og i tillegg vurdere om det var grunnlag for å tilkjenne klageren kompensasjon for et eventuelt økonomiske tap.*

Tiltakshaver - et selskap som eies av forsikringselskapet C - søkte 4. juli 2001 om å føre opp en tre-etasje bygning inneholdende boliger og kontorer. Av ansvarlig søkers redegjørelse for prosjektet fremgår det at C ønsket å bygge om lagerbygget og eksisterende leiligheter grunnet økt behov for kontorplasser og leiligheter til egne ansatte og tilreisende.

I den dagjeldende reguleringsplanen for Kittelsbukt - Ormevika var eiendommen regulert til byggeområde: kombinasjon av bolig og kontor (K/B1). For ordens skyld nevnes at Arendal kommune 8. juni 2006 vedtok ny reguleringsplan for det aktuelle området. I den nye reguleringsplanen er det gitt bestem-



melser om plassering av bebyggelse inn mot Svinoddveien, høydeplassering og høyde av bygg, samt plassering av ny gang- og sykkelvei (langs sjøen). Det omsøkte bygget er etter det opplyste i samsvar med denne reguleringsplanen.

Administrasjonen (byggesaksseksjonen) i Arendal kommune fant søknaden i samsvar med reguleringsplanen og plan- og bygningsloven (plbl.), og rammetillatelse ble gitt i vedtak 13. september 2001. I vedtaket ble det uttrykkelig lagt til grunn at mønehøyde og gesimshøyde var sammenfallende og ikke høyere enn 9,0 meter, og derfor i samsvar med reguleringsplanens (lovens) bestemmelser.

Naboer påklaget administrasjonens avgjørelse til fylkesmannen. Kommunen ved driftsstyret (det faste utvalget for plansaker) tok enstemmig klagen til følge og fattet 1. november 2001 følgende vedtak:

«Driftsstyret finner at omsøkte gesimshøyde medfører vesentlige ulemper for naboer, jf plan- og bygningsloven § 70, og klagen tas derfor til følge.»

Dette vedtaket ble påklaget av tiltakshaveren. Driftsstyret opprettholdt 31. januar 2002 avgjørelsen med en tilføyelse om at driftsstyret «imøteser et forslag med lavere høyde tilpasset områdets karakter». Saken ble deretter oversendt fylkesmannen for klagebehandling.

Fylkesmannen kom i vedtak 13. mai 2002 til at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å kreve høyden redusert med hjemmel i plbl. § 70 nr. 1. I vurderingen av byggeplanenes betydning for eiendommen til A (klageren hit) la fylkesmannen til grunn at byggeplanene medførte et relativt omfattende utsiktstap mot sjøen. Fylkesmannen uttrykte forståelse for klagerens situasjon, men la avgjørende vekt på den vedtatte reguleringsplanen og reguleringsformålet for eiendommen, samt områdets karakter som preges av flere store kontorbygg mot sjøen.

I vedtakets begrunnelse fremgikk blant annet:

«Fylkesmannen er på denne bakgrunn kommet til at kommunens vedtak må oppheves. Dersom kommunen mener at hensynet til naboer/gjenboere eller andre beboere, eventuelt strøkets karakter, ikke er tilstrekkelig ivarettatt i gjeldende reguleringsplan, kan kommunen nedlegge midlertidig forbud etter plbl. § 33 med sikte på å omregulere området, f. eks. for å foreta en nærmere fastsettelse av maksimal møne- og gesimshøyde for område K/B1 som denne saken gjelder.»

Kommunen vedtok 27. juni 2002 ikke å nedlegge forbud etter plbl. § 33, og opprettholdt rammetillatelsen som var gitt 13. september 2001. Saken ble senere undergitt klagebehandling som følge av at fylkesmannen i brev 19. juli 2002 ga uttrykk for at kommunens behandling i møtet 27. juni 2002 innebar at det var truffet et nytt førsteinstansvedtak i saken.

Etter dette fattet kommunen vedtak 6. mars 2003 hvor midlertidig bygge- og deleforbud ble nedlagt

på eiendommen. Vedtaket ble etter klage stadfestet av fylkesmannen 6. august 2003.

C klaget saken inn hit, og jeg avga uttalelse i saken 4. juni 2004. Jeg fremholdt at fylkesmannens vedtak 13. mai 2002 måtte forstås slik at det forutsatte en ny runde i kommunen. En anførsel om at det med fylkesmannens vedtak 13. mai 2002 var gitt en endelig rammetillatelse som ikke kunne møtes med et byggeforbud etter plbl. § 33, førte ikke frem.

Driftsstyret i Arendal kommune besluttet 21. oktober 2004 å oppheve det midlertidige bygge- og deleforbudet nedlagt 6. mars 2003. Deretter gjenopptok driftsstyret behandlingen av byggesaken og tok stilling til klagen over vedtaket om rammetillatelse av 27. juni 2002.

Spørsmålet om rammetillatelse for prosjektet ble endelig avgjort av fylkesmannen 8. februar 2005, og fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak 27. juni 2002 og 21. oktober 2004. Fylkesmannen vurderte ulempene på samme måte som ved forrige behandling av saken, og opprettholdt sitt standpunkt om at det ikke forelå tilstrekkelig grunn til å kreve reduksjon av høyden med hjemmel i plbl. § 70 nr. 1.

Kommunen har etter dette godkjent søknad om endringer av byggeprosjektet og gitt tillatelse til å igangsette riving, grunnarbeider, peiling og fundamentering. Kommunens vedtak om dette 19. juni 2005 ble 21. juni 2005 påklaget av naboer. Fylkesmannen tok ikke klagen til følge.

En av naboene (A) klaget til ombudsmannen og la ved en liste over det han mente var 25 saksbehandlingsfeil. Det ble herfra besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere.

Fylkesmannen ble bedt om å redegjøre for beregningen av gesimshøyden, herunder om det nye bygget var ment oppført på en såle og hvilken betydning dette ville ha for målingen av byggets høyde. Uavhengig av hvordan høyden ble vurdert, ble fylkesmannen bedt om å kommentere hvilken betydning det hadde hatt at kommunen ikke hadde fastsatt noen justeringsadgang i tråd med kravet i saksbehandlingsforskriften (SAK) § 15 siste ledd. Det ble også bedt om utdypende merknader til spørsmålet om det er adgang til å fravike høyde- og plasseringsbestemmelser gitt direkte i plan- og bygningsloven eller arealplan, og merknader til betydningen av at byggets høyde tilsynelatende var redusert med 0,1 meter. I denne sammenheng ble fylkesmannen også bedt om å redegjøre for hva som ble gjort for å klarlegge konsekvensene av utbyggingen i regulerings-saken, og å redegjøre for vurderingen av områdets karakter.

Slik saken var opplyst, var det noe usikkert om tiltaket var i tråd med byggegrensene i reguleringsplanen og planen for øvrig. Fylkesmannen ble derfor bedt om å gi utdypende kommentarer til dette forholdet.

Det ble videre anmodet om en nærmere redegjørelse for hvorfor kommunens vedtak om mindre vesentlig reguleringsendring ikke kunne påklages, her-

under hva som lå i fylkesmannens vurdering av at klagerens anførsler knyttet til beregningen av terrengnivået rundt bygningen uansett ikke ville ført frem.

Endelig ble fylkesmannen bedt om å redegjøre nærmere for vurderingen av habiliteten til driftsstyremedlem B. B er gift med en direktør i forsikrings-selskapet C. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere om dette forholdet førte til at B var inhabil til å delta i behandlingen av saken, jf forvaltningsloven § 6 annet ledd. Under forutsetning av at B var inhabil, ble fylkesmannen bedt om å vurdere om inhabiliteten gjorde kommunens vedtak i saken ugyldig. Det ble i denne sammenheng også stilt spørsmål ved Bs rolle ved de kommunale drøftingene om reguleringsmessige ønskemål og beslutningen om å oppheve byggeforbudet. B ble gitt anledning til å uttale seg om habilitetsspørsmålet.

I sitt svar opplyste fylkesmannen at gesimshøyden var beregnet ved å måle arealet mellom gesims og terrenglinjene. Arealene ble så summert for alle fasadene og dividert med bygningens totale ytterveggslengde. Gjennomsnittshøyden på terrengnivået rundt bygget var ikke beregnet, men fylkesmannen mente høyden svarte til differansen mellom den snittverdien som var beregnet og høyden på bygget målt til flatt terreng på fremsiden.

Avviket mellom fylkesmannens og klagerens beregning av høyden ble forklart med at A hadde lagt inn en uriktig forutsetning om at det skulle bygges på en såle med gjennomsnittshøyde 35 cm. Videre fremholdt fylkesmannen at byggets høyde i 2005 ble redusert med ti cm, og at gesimshøyden skal måles fra skjæringspunktet tak/vegg, og ikke fra takets høyeste punkt. Den gjenstående differansen på 10-20 cm antok fylkesmannen at skyldtes uenighet om høyden på terrenget bak bygget.

Fylkesmannen opplyste videre at det ut fra godkjente tegninger var lagt til grunn at det ikke ble bygget på eksisterende såle. Hvis så ble gjort, ville det være i strid med byggetillatelsen.

Ettersom bygget etter fylkesmannens beregning har en høyde på 8,0 meter, fant ikke fylkesmannen grunn til å kommentere spørsmål vedrørende adgangen til høydejusteringer.

Det ble videre vist til at ingen naboer har protestert på tap av utsikt i reguleringsprosessen, og at det ligger flere kontorbygg med tre etasjer eller mer i området. Fylkesmannen viste videre til at det ikke er unaturlig at det tillates høyere bygg i sentrumsnære områder som dette. I denne sammenheng ble det også vist til den nye reguleringsplanen for området hvor maksimal høyde er satt høyere enn høyden på Cs bygg.

Hva gjaldt plassering av bygningskroppen, erkjente fylkesmannen at det ikke var riktig å legge til grunn at bygget var innenfor byggegrensen i vedtaket 13. mai 2002. Årsaken til at problemstillingen ble oversett, var etter det opplyste at det lave utbygget bak bygget ble viet liten oppmerksomhet i klage-

saken, samtidig som kommunens vedtak var uklart formulert når det gjaldt gang- og sykkelveien. Fylkesmannen mente dispensasjon for bygging inn mot fjellet/veien bak bygget ble gitt allerede ved kommunens første vedtak i saken i 2001. Vilkåret om å fremme forslag om mindre vesentlig endring av reguleringsplanen for å få inn en ny trassé for gang- og sykkelvei i planen, understøttet etter fylkesmannens syn at dette også var kommunens oppfatning. At dispensasjonsspørsmålet ikke var uttrykkelig behandlet i kommunens vedtak, måtte da vurderes som en mangel ved vedtakets begrunnelse.

Fylkesmannen erkjente å ha uttalt seg uheldig om As klagemuligheter. Etter den nye gjennomgangen i lys av henvendelsen herfra kom fylkesmannen til at kommunen skulle ha vurdert klagen på vedtaket om mindre vesentlig endring av reguleringsplanen ved plassering av traséen for gang- og sykkelvei langs sjøen. Det måtte da ha vært tatt stilling til om klagerne hadde klagerett, og eventuelt om det var grunn til å ta klagen til følge. På bakgrunn av kommunens nye planvedtak fant fylkesmannen likevel ikke grunn til å forelegge saken for kommunen på nytt. Spørsmålet om plassering av gang- og sykkelvei langs sjøen kan eventuelt vurderes dersom kommunens nye planvedtak blir gjenstand for klagebehandling.

Den omstendighet at B var gift med en leder i C, gjorde det etter fylkesmannens syn nærliggende at hun var inhabil etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Fylkesmannen påpekte imidlertid at flere av vedtakene i saken var fattet mot Bs stemme, hvilket tilsa at hun ikke hadde forsøkt eller eventuelt ikke hadde lyktes i å påvirke driftsstyrets øvrige medlemmer i særlig grad. Da bygge- og deleforbudet ble opphevet i vedtak 21. oktober 2004, var problematikken rundt Bs habilitet godt kjent bl.a. gjennom media. Selv om driftsstyret da hadde en ny sammensetning, mente fylkesmannen at det derfor var lite sannsynlig at de ikke var bevisst hennes tilknytning til saken. Det var etter fylkesmannens syn lite sannsynlig at B hadde klart å påvirke et tilstrekkelig antall driftsstyremedlemmer til å påvirke utfallet av saken.

I sin redegjørelse opplyste B at hun hadde følt saken som en belastning, men at hun mente hun ikke var inhabil, og således på basis av sitt verv var forpliktet til å delta i saksbehandlingen. Hun påpekte at hun hele tiden hadde spilt med åpne kort om sin tilknytning til C, og at hun hadde søkt råd hos kommunens og fylkesmannens jurister. B mente videre at hennes deltakelse ikke hadde påvirket driftsstyrets øvrige deltakere.

A ga ytterligere merknader til saken. Han viste da til at bygget ifølge tegning ville være ni meter høyt, og at det i tillegg ville stå på en såle på én meter. Det ble lagt ved et bilde for å dokumentere at bygget ble oppført på en såle.

Klageren fremholdt videre at det var feil at bygget lå helt inntil veien.

Når det gjaldt den nye reguleringsplanen, viste A til at flere av de berørte naboene klaget på planen, og han mente at planen i realiteten ble utarbeidet for i ettertid å bringe Cs bygg i tråd med gjeldende plankrav.

Klageren fastholdt videre at B var inhabil, og at hennes deltakelse i saksbehandlingen hadde påvirket utfallet av saken. Han viste i denne sammenheng bl.a. til at Bs vararepresentant var imot tiltaket.

Fylkesmannen hadde ingen ytterligere merknader i saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Klagen hit gjelder Fylkesmannen i Aust-Agders vedtak 8. februar 2005. Undersøkelsene herfra har også til dels relatert seg til forhold som ligger i forkant av dette vedtaket, men likevel slik at forholdene er av betydning i saken.

#### 5.1 Habilitetsspørsmålet

Jeg finner det mest hensiktsmessig å gi min vurdering av habilitetsspørsmålet før jeg drøfter sakens øvrige sider.

Forvaltningsloven § 6 annet ledd inneholder en alminnelig regel om at tjenestemannen er inhabil når det foreligger «særegne forhold ... som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet».

I uttrykket «særegne forhold» ligger at situasjoner mange er i, ikke i seg selv utløser inhabilitet. Den valgte ordbruken viser på den annen side at forholdet ikke trenger å være unikt. B er gift med en direktør i C. Selv om det er opplyst at Bs mann ikke har eierinteresser i selskapet, og utbyggingen dessuten skjer i regi av et datterselskap og ikke C selv mener jeg den tilknytningen hun har til tiltakshaver må regnes som «særegen». Avgjørende for om B var inhabil til å ta del i avgjørelsen, vil da bero på om hennes tilknytning til C var «egnet til å svekke tilliten» til hennes upartiskhet.

Det er svekkelsen av *tilliten* til vedkommendes upartiskhet som er avgjørende. Selv om den eller de som avgjør habilitetsspørsmålet stoler på at tjenestemannen vil opptre upartisk, kan det likevel være grunn til å erklære vedkommende inhabil dersom man må regne med at *publikums* tillit til vedkommendes objektivitet kan bli svekket. Det vil i denne vurderingen være av underordnet betydning om tjenestemannen selv føler seg påvirket og/eller om det er grunn til å tro at det særegne forholdet har ført til en uriktig avgjørelse.

Grensen for hva som skal til for at tilliten er svekket, bør til en viss grad samsvare med vedtakets viktighet for den som tilgodeses, se Frihagen, Inhabilitet, side 244 og Graver, Alminnelig forvaltningsrett, side 328. Tillatelsen som er gitt i denne saken, gjelder tiltakshavers næringsvirksomhet og vil således ha stor betydning for C. Av denne grunn skal det

mindre til før tilliten svekkes på grunn av mellommenneskelige forbindelser.

Slik jeg ser det kan det neppe være tvil om at de særegne forholdene er egnet til å påvirke upartiskheten til B. Jeg minner for fullstendighetens skyld om at fylkesmannen langt på vei har erkjent dette under saksbehandlingen her. Jeg nevner også at det, ifølge siste punktum i annet ledd i forvaltningsloven § 6, skal legges vekt på om inhabilitetsinnsigelse er reist av en part. Selv om formell inhabilitetsinnsigelse ikke var reist av en «part», legger jeg en viss vekt på at det i forkant av avgjørelsen ble stilt spørsmål ved Bs habilitet.

Min konklusjon er etter dette at Bs deltakelse ved driftsstyrets behandling av saken skjedde i strid med forvaltningslovens habilitetsregler. Jeg går nå over til å vurdere hvilken betydning dette regelbruddet skal få for vedtakets gyldighet.

Et brudd på forvaltningslovens saksbehandlingsregler får ikke uten videre den konsekvens at et enkeltvedtak blir kjent ugyldig. Det følger av forvaltningsloven § 41 at vedtaket likevel er gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Hvis det foreliggende bruddet på habilitetsreglene ikke har virket bestemmende på byggetillatelsen, skal det med andre ord ses bort fra denne feilen.

Høyesterett behandlet en liknende problemstilling i en sak inntatt i Rt 1996 side 64. Denne saken gjaldt gyldigheten av et kommunestyrevedtak om skjenketiden for et hotell i Lyngør. Et av kommunestyrets medlemmer var etter Høyesteretts syn inhabil, men vedtaket ble likevel kjent gyldig fordi habilitetsmangelen ikke hadde virket bestemmende på vedtakets innhold.

Vurderingen av inhabilitetens betydning for vedtakets gyldighet baserer Høyesterett på hva som ville skjedd hvis det inhabile medlemmet hadde fratrudd, ikke hvordan han ville stemt hvis han ikke hadde særinteresser. Denne vurderingen er situasjonsbestemt, slik at Høyesteretts vurdering ikke uten videre kan overføres til den foreliggende saken.

Spørsmålet om Bs inhabilitet kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, må altså avgjøres etter en konkret vurdering. Jeg legger til grunn at B stemte for å gi C tillatelse til det aktuelle tiltaket.

Driftsstyrets vedtak ble fattet med sju mot to stemmer. Det innebærer at tre representanter måtte stemt annerledes for at vedtaket skulle fått et annet innhold. Selv om det skulle være slik at varamedlemmet ville stemt mot tiltaket, ville vedkommendes stemme følgelig ikke vært utslagsgivende i avstemningen.

På den annen side er det på det rene at B deltok under forberedelsen og avgjørelsen av saken, og at hennes habilitet ikke i forkant ble vurdert formelt. Et sentralt ledd i vurderingen av om hennes deltakelse i saken har kunnet virket bestemmende på utfallet, er hvordan hun bidro til saken forut for avstemningen. B har forklart at hun deltok i debatten slik det for-

ventes av en politiker, mens det fra andre hold er hevdet at hun deltok svært aktivt. Det er med andre ord noe uenighet knyttet til i hvilken grad hun engasjerte seg i saken.

Jeg vil ikke utelukke at B engasjerte seg på en måte som kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Bare ut fra sakens dokumenter er det imidlertid vanskelig å danne seg en sikker formening om dette. Fylkesmannen anser det «lite sannsynlig» at inhabiliteten har fått betydning for vedtakets innhold, men fylkesmannen har kun i begrenset grad bidratt til å belyse denne delen av saken. I fylkesmannens brev legges det videre til grunn at fem representanter måtte stemt annerledes for å sikre flertall for motsatt resultat. Ettersom driftsstyrets vedtak ble fattet med sju mot to stemmer, minner jeg om at det ville være tilstrekkelig at tre representanter - inkludert B stemme - hadde stemt for et annet resultat.

Det er antatt at forvaltningsloven § 41 må forstås slik at det kreves noe mer enn en mulighet for at en feil skal tillegges betydning, men at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt før feilen må anses å kunne virke bestemmende på vedtakets innhold, se for eksempel Graver, Alminnelig forvaltningsrett 2. utg. side 492. Fylkesmannens redegjørelse i svaret på henvendelsen herfra gjør det ikke mulig å prøve dette spørsmålet fullt ut. Jeg må derfor be fylkesmannen foreta en vurdering av spørsmålet, dvs. om Bs deltakelse konkret kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

## 5.2 Gesimshøyden

I den aktuelle reguleringsplanen for Kittelsbukt - Ormevika er eiendommen regulert til byggeområde: kombinasjon av bolig og kontor (K/B1). Reguleringsplanen har ingen bestemmelser om bygningshøyder for K/B1. Plan- og bygningslovens generelle krav i plbl. § 70 nr. 1 må derfor gjelde, slik at maksimal gesimshøyde er 8,0 meter og maksimal mønehøyde er 9,0 meter.

Jeg nevner for sammenhengens skyld at hensynet til naboer og omkringliggende miljø i enkelte tilfeller medfører at det kan kreves lavere bygninger enn hva loven selv gir åpning for. I Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-18/90 er det likevel uttalt:

«Bestemmelsen [plbl. § 70] forutsettes praktisert slik at byggherrens ønske imøtekommes der ikke avgjørende grunner taler imot dette. Med avgjørende grunner sikter en særlig til plassering og høyde som medfører betydelig ulempe...»

Vurderingen av om «avgjørende grunner» taler mot oppføringen av et bygg, vil være konkret og basert på bygget og omgivelsene for øvrig. En slik vurdering som i stor grad forutsetter besiktigelse av de faktiske forhold på stedet, er mindre godt egnet for overprøving herfra. De ytre rammene gitt i gjeldende plan- og lovverk må imidlertid under enhver om-

stendighet danne grensene for forvaltningens handlingsrom.

Som det fremgår av rammetillatelsen gitt 13. september 2001, fant kommunen at mønehøyden og gesimshøyden var sammenfallende og ikke høyere enn 9,0 meter. Tiltaket ble således ansett for å være i samsvar med reguleringsplanen (lovens) bestemmelser.

I fylkesmannens vedtak 8. februar 2005 tok fylkesmannen stilling til en anførsel om at kravet til maksimal gesimshøyde på 8,0 meter ikke var overholdt. Fylkesmannen viste til at den foreslåtte bebyggelsen etter kommunens beregninger hadde en høyde på 8,1 meter, og at kommunen etter saksbehandlingforskriften har anledning til å godkjenne et avvik på inntil 0,5 meter uten ny byggesøknad.

I rundskriv H-18/90 skriver Kommunaldepartementet følgende om fastsetting av høydeplassering:

«I en del tilfelle kan det være vanskelig endelig å fastsette høydeplasseringen under behandlingen av byggetillatelsen, f.eks fordi eksisterende kartverk ikke er godt nok. Det kan følgelig være behov for mindre justeringer i forbindelse med bygningsmyndighetenes påvisning i marken. Adgangen til å foreta justeringer pluss/minus inntil en halv meter antas å ligge i selve tillatelsen og er ikke å betrakte som et selvstendig enkeltvedtak. ... Justeringsadgangen bør komme til uttrykk i selve byggetillatelsen. Viser det seg ønskelig å foreta justeringer ut over pluss/minus en halv meter, vil dette nødvendigvis gjøre et nytt vedtak med vanlig behandling i bygningsrådet etter nytt nabovarsel.»

I SAK § 15 er det gitt en beskrivelse av krav til innhold i kommunens tillatelse, og her er eventuelle toleransegrenser for plasseringen angitt som et av forholdene som *skal* inngå i tillatelsen.

Rammetillatelsen som ble gitt av Arendal kommune og stadfestet av fylkesmannen inneholdt ingen opplysninger om toleransegrenser. Under enhver omstendighet antar jeg at regelverkets grenser for møne- og gesimshøyder danner en øvre skranke for kommunens adgang til å tillate mindre justeringer.

Fylkesmannen har i brev hit anført at bygget som nå er oppført, har en gesimshøyde på 8,0 meter. Dermed dette stemmer, er tiltakets høyde innenfor de øvre grensene som følger av plbl. § 70 nr. 1. Spørsmålet om adgangen til å tillate mindre justeringer vil i så fall ikke komme på spissen i denne saken.

Klager og fylkesmannen har ulikt syn på hvordan tiltakets høyde skal vurderes. Når tiltakets høyde skal vurderes opp mot regler om maksimal gesimshøyde, er jeg enig med fylkesmannen i at skjæringspunktet mellom tak og vegg danner grunnlaget for høydevurderingen. Jeg har heller ikke rettslige innvendinger mot at fylkesmannen har valgt å beregne høyden på bakgrunn av et gjennomsnittlig terrengnivå.

Et omstridt moment i fastsettelsen av terrengnivåets gjennomsnittshøyde er høyden på terrengnivået bak bygget. Høyden på bygget her synes ikke å være dokumentert på en tilfredsstillende måte i søk-

nadmaterialet. Dersom klagers beregninger er korrekte, vil tiltakets høyde overstige det tillatte. Dette synes også erkjent av fylkesmannen. Bare ut fra saksdokumentene er det naturlig nok vanskelig for meg å danne meg et tilstrekkelig klart bilde av de faktiske forholdene på stedet til å treffe en endelig konklusjon på dette spørsmålet. Jeg må nøye meg med å vise til at den beregningsmetoden fylkesmannen har angitt i redegjørelsen hit, ikke gir grunn til merknader.

Klager har anført at bygget oppføres på en såle, og han har lagt ved et bilde som skal vise at dette stemmer. Fylkesmannen har ikke ønsket å kommentere dette bildet, men viser til at de godkjente tegningene viser at det ikke skal bygges på en såle, og at bygg på en såle vil være i strid med byggetillatelsen. Den skriftlige arbeidsformen ved mitt kontor gjør at jeg ikke bare ut fra bildet klager har lagt ved, kan legge til grunn at bygget oppføres på en såle. Jeg bemerker imidlertid at dersom så er tilfelle, vil det være nødvendig å vurdere tiltaket (på ny) opp mot byggetillatelsen.

### *5.3 Plasseringen av ny bygningskropp og forholdet til tidligere og nåværende reguleringsplan*

Plasseringen av tiltakets bygningskropp må vurderes opp mot reguleringsplanen som kom til anvendelse på vedtakstidspunktet. Jeg nevner for ordens skyld at bygningskroppen er i tråd med reguleringsplanen som ble vedtatt 8. juni 2006, uten at dette kan være avgjørende for saken her.

I kommunens vedtak 13. september 2001 uttales følgende om bygningskroppens forhold til reguleringsplanen:

«I god tid før søknad om igangsettingstillatelse sendes inn, må det sendes inn søknad om en ikke vesentlig endring av reguleringsplanen for omlegging av gangvei fra eksisterende byggs nordside til byggets sør- og østside. Det må også sendes ut nabovarsler i den forbindelse.»

Ut over dette er forholdet til reguleringsplanen ikke nevnt i vedtaket.

Fylkesmannen la i sitt vedtak 13. mai 2002 til grunn at bygget var innenfor byggegrensen, men har i brev hit 4. juli 2006 erkjent at dette ikke var riktig. Dispensasjon for bygging som omsøkt ble imidlertid etter fylkesmannens oppfatning gitt implisitt ved kommunens vedtak i 2001, og den manglende angivelsen i vedtaket måtte ses på som en svikt ved vedtakets begrunnelse.

Plan- og bygningsloven oppstiller så vel prosessuelle som materielle vilkår for å gi dispensasjon. Prosessuelt krever bestemmelsen at det normalt søkes om dispensasjon. Materielt krever bestemmelsen at det må foreligge «særlige grunner» som tilsier at dispensasjon gis. Myndigheten til å dispensere er lagt til kommunen.

Det foreligger ingen uttrykkelig søknad om dis-

pensasjon fra tiltakshavers side, og det følger heller ikke av kommunens vedtak 13. september 2001 at en dispensasjonsvurdering ble foretatt før tillatelse til oppføring ble gitt.

Lovens krav til «særlige grunner» forutsetter at kommunen foretar en helhetsvurdering basert på forholdene i den konkrete saken, og tar stilling til om hensynene bak dispensasjonsønsket veier tyngre enn hensynene bak bestemmelsen som det er aktuelt å dispensere fra.

Jeg understreker at når det i pbl. § 7 oppstilles et krav om «særlige grunner» for å kunne dispensere, må vedtaket ikke etterlate tvil om at kommunen faktisk har vurdert spørsmålet. Det må med andre ord fremgå av vedtaket at gjeldende regelverk er fraveket, og dessuten hvilke vurderinger som ligger til grunn for avgjørelsen. Fremgår ikke disse vurderingene uttrykkelig, vil det være vanskelig for berørte parter å ivareta sine rettigheter, samtidig som forvaltningslovens krav til begrunnelse naturlig nok ikke kan anses oppfylt.

I saken her er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvorvidt det kan tenkes tilfeller hvor dispensasjon etter pbl. § 7 må anses å være gitt implisitt, uten at det fremgår direkte av vedtaket at og på hvilket grunnlag gjeldende regelverk er fraveket. Jeg kan uansett ikke slutte meg til fylkesmannens vurdering av at dispensasjon fra byggegrensene fremgår forutsetningsvis av kommunens vedtak 13. september 2001.

Det er naturlig å forstå kommunens vedtak slik at dispensasjonsspørsmålet ikke er vurdert. Hvis så er tilfelle, vil det uansett være feil å karakterisere mangelen ved kommunens vedtak som en svikt i begrunnelsen. Jeg ber fylkesmannen vurdere spørsmålet på nytt, og jeg bemerker for ordens skyld at jeg har vanskelig for å se at det er rom for å vurdere feil av denne art opp mot gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41. Utgangspunktet når forvaltningen ikke har foretatt de avveininger hjemmelsgrunnlaget foreskriver, vil være at avveiningene skal foretas i et-tert, ikke at det vurderes om feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

### *5.4 Reguleringsendringene*

Arendal kommune vedtok 21. oktober 2004 å gjennomføre mindre vesentlige endringer av gjeldende reguleringsplan ved at tiltakshavers bygg ble tillatt plassert ut over byggegrensene i reguleringsplanen. Eksisterende gang- og sykkelvei ble også flyttet fra baksiden av bygget til området mellom nybygget og sjøen. Jeg tar i det følgende utgangspunkt i at de aktuelle endringene etter sin art kunne gjennomføres som «mindre vesentlige».

Mindre vesentlige endringer av reguleringsplanen kan gjøres av det faste utvalget for plansaker, uten at endringene blir til gjennom den demokratiske prosessen som ligger til grunn for ordinære endringer av reguleringsplanen etter pbl. §§ 27-1 og 27-2.

Berørte parters interesser er likevel ivaretatt også ved mindre vesentlige endringer av reguleringsplaner. Etter plbl. § 28-1 nr. 4 skal berørte parter gis anledning til å uttale seg før de mindre vesentlige endringene av reguleringsplanen vedtas. Selve reguleringsendringen er for øvrig et enkeltvedtak som kan påklages.

Det kan se ut til at endringene av reguleringsplanen ikke ble varslet på lovlig måte, selv om dette ble forutsatt av Arendal kommune i vedtaket 13. september 2001. Fremgangsmåten ved mindre vesentlige endringer i reguleringsplaner har således ikke vært fulgt.

På bakgrunn av saksdokumentene og fylkesmannens redegjørelse legger jeg videre til grunn at verken kommunen eller fylkesmannen har vurdert om A m.fl. hadde klagerett på vedtaket om mindre vesentlige reguleringsendringer, og at innholdet i deres klager heller ikke er vurdert.

Fylkesmannen har i brev hit gitt uttrykk for at innplasseringen av gang- og sykkelveien langs sjøen antagelig må vurderes som et nytt vedtak. På denne bakgrunn har fylkesmannen erkjent at han skulle ha gjort kommunen oppmerksom på at det måtte vurderes om A m.fl. hadde klagerett, og om det var grunn til å ta klagen over realiteten i saken til følge.

Jeg er enig i denne betraktningen. Fylkesmannens henvisning i brev 28. februar 2005 om at de relevante hensyn som gjør seg gjeldende, allerede er vurdert, må anses utilstrekkelig i denne sammenheng. Jeg nøyer meg med å vise til at klager fra en annen nabo tar opp spørsmål vedrørende reguleringsendringene som ikke synes å ha vært kommentert i saksbehandlingen.

Behandlingen av denne saken både i kommunen og hos fylkesmannen fremstår som lite ryddig. Fylkesmannen har under undersøkelsene herfra erkjent flere uriktige eller ufullstendige vurderinger, også på sentrale punkter i saken. I tillegg kommer de forhold jeg har påpekt i gjennomgangen av saken ovenfor. Uten at dette har vært avgjørende, bemerker jeg at de uriktige og ufullstendige vurderingene i all hovedsak har gått i Cs favør. Sett under ett mener jeg undersøkelsene herfra etterlater betydelig tvil ved om kravene til forsvarlig saksbehandling i tilstrekkelig grad er etterlevd, og jeg ber fylkesmannen vurdere saken på nytt i forhold til de synspunktene jeg har gjort gjeldende ovenfor.

Jeg har ikke gått inn på om klageren er påført økonomiske tap ved godkjenningen av tiltaket og i forbindelse med saksbehandlingen hos bygningsmyndighetene, og om han i så fall har kav på å få slike tap dekket. Jeg ber fylkesmannen vurdere også dette.»

## 89.

### **Forbud mot oppføring av boliger i nedslagsfelt for drikkevann – hjemmelsspørsmål**

(Sak 2006/1819)

*Spørsmål om en kommuneoverlege hadde lovlig hjemmel til å forby oppføring av boliger i nedslagsfeltet for kommunens drikkevannskilde.*

*Ombudsmannen kom til at ingen av de anførte hjemmelsgrunnlagene var tilstrekkelige, og ba fylkesmannen sørge for at saken ble behandlet på korrekt måte.*

*Fylkesmannen opphevet deretter kommuneoverlegens vedtak.*

Et selskap utarbeidet på vegne av A og hans søsken i 2003 et forslag til reguleringsplan for en eiendom i Grimstad kommune. Planforslaget åpnet for oppføring av fire eneboliger. Eiendommen lå i et område som i kommuneplanen var anmerket som primærnedslagsfelt for Rorevannet, som er kommunal drikkevannskilde.

Forslaget til reguleringsplan ble behandlet av Grimstad kommune, teknisk utvalg. Utvalget vedtok enstemmig ikke å legge planen ut til offentlig ettersyn og viste til det utredningsarbeidet som var gjort for å kartlegge forhold som var viktige å ta hensyn til for å sikre Rorevannet som drikkevannskilde. En konsekvens av utredningen var at det i kommuneplanen var inntatt bestemmelser om at det skulle føres en meget restriktiv dispensasjonspraksis for oppføring av nye bygninger som ikke var tilknyttet stedbunden næringsvirksomhet. Utvalget mente på denne bakgrunn at det ville være «uansvarlig å nå anbefale at det kan bygges ut nye boligfelt i det lokale nedslagsfeltet».

A og selskapet engasjerte etter dette firmaet Asplan Viak til å foreta undersøkelser av overvannsavrenningen fra feltet. Selskapet ba kommunen om å ta saken opp til ny behandling. Det ble vist til at Asplan Viak hadde konkludert med at det ikke var sannsynlig at overvann fra den planlagte bebyggelsen ville havne i Rorevannet. Planavdelingen anmodet på denne bakgrunn kommuneoverlegen om å vurdere saken før eventuell ny behandling i teknisk utvalg.

Kommuneoverlegen fattet deretter vedtak om forbud mot oppføring av boliger på eiendommen. Kommuneoverlegen viste til at det var etablert så mange boliger og andre virksomheter i nærheten av Rorevannet at det ga «meget stor grunn til faglig bekymring for drikkevannets sikkerhet mot kloakkforurensning». Han viste videre til vedtatt kommuneplan for 2003-2015, der det fremgår at kommunen plikter å utvise en meget restriktiv dispensasjonspraksis for oppføring av nye bygninger. Kommuneoverlegen mente at «[e]nhver ny bolig medfører økt kloakkproduksjon i området, utvidelse av kloakknett og dermed økt risiko for kloakkutslipp til drikkevannskilden som i sin tur kan gi sykdom blant de

som drikker vannet». På denne bakgrunn kom kommuneoverlegen til at oppføring av nye boliger i drikkevannets nedslagsfelt prinsipielt ikke burde forekomme «med mindre etableringen kan forsvares med særlig vektige grunner hvor fordelene er så åpenbare, eller ulempene for søker ved avslag er så åpenbart urimelige, at de kan oppveie ulempene for allmennheten knyttet til risiko for forurensning». Kommuneoverlegen fant ikke at det forelå slike grunner. Videre går det frem av vedtaket at å gi tillatelse til de omsøkte boligene etter kommuneoverlegens vurdering ville være svært betenkelig medisinsk faglig og bryte med eksisterende kommuneplan samt forutsetningen for den eksisterende godkjenning av kommunenes drikkevannsforsyning. Kommuneoverlegen fattet, etter delegert fullmakt, slikt vedtak:

«Med hjemmel i Forskrift om vannforsyning og drikkevann av 4. des 2001 nr 1372 § 4 og Forskrift om miljørettet helsevern av 25. april 2003 nr 486 §§ 7, 8 og 9b hjemlet i Lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr 66 § § 4a-1 4a-4, vedtas forbud mot oppføring av 4 boliger på g.nr... b.nr....»

A hadde i brev forut for vedtaket bedt kommuneoverlegen om å behandle reguleringsplanforslaget som han ville gjort før kommuneplanen ble vedtatt. Begrunnelsen for anmodningen var at arbeidet med planen startet opp allerede i november 2002. Kommuneoverlegen svarte at han, dersom søknaden var blitt behandlet før kommuneplanen ble vedtatt, ikke ville vist til bestemmelsene i planen, men ellers kommet med den samme faglige vurderingen. Avslutningsvis opplyste kommuneoverlegen at han etter noe diskusjon med teknisk etat hadde funnet det mest korrekt å anse klagerens brev som en klage på kommuneoverlegens vedtak, fremsatt innenfor klagefristens utløp.

Saken ble oversendt Fylkesmannen i Aust-Agder som opphevet kommuneoverlegens vedtak ettersom Asplan Viak hadde ettersendt tilleggsinformasjon med blant annet målinger av grunnvannspeil og en ny vurdering av overvannsavrenningen.

Kommuneoverlegen behandlet saken på nytt. Han fant i hovedsak Asplan Viaks analyse korrekt, men mente at den var noe mangelfull i forhold til situasjoner med kraftig nedbør, snøsmelting og lignende. Han konkluderte med at de nye opplysningene ikke medførte en så stor endring av risikobildet at det var grunnlag for en annen konklusjon enn tidligere, og traff et nytt forbudsvedtak med samme innhold og hjemmelshenvisninger som i det første vedtaket.

Vedtaket ble påklaget. Kommuneoverlegen fant imidlertid ikke at klagen inneholdt opplysninger som tilsa endring av vedtaket. Saken ble oversendt Fylkesmannen i Aust-Agder for endelig avgjørelse.

Fylkesmannen opplyste i vedtak 16. november 2005 at han delte kommuneoverlegens vurderinger

og stadfestet det forbudet han hadde nedlagt. Klagerens anførsler om usaklig forskjellsbehandling ble kommentert. Fylkesmannens vedtak inneholdt ingen «selvstendige» hjemmelshenvisninger utover at klagen var behandlet med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven § 4a-12.

I klagen til ombudsmannen anførte A i hovedsak at kommuneoverlegen feilaktig hadde lagt til grunn at eiendommen heller mot Rorevannet, og at det burde vært lagt avgjørende vekt på rapporten fra Asplan Viak, der det konkluderes med at det ikke vil være tilslig til Rorevannet. Han anførte også at han var utsett for usaklig forskjellsbehandling.

Det ble funnet grunn til å avklare hjemmelsgrunnlaget for vedtaket nærmere med fylkesmannen. Fylkesmannen ble tilskrevet.

Fylkesmannen oversendte i svarbrev hit «de aktuelle delegasjonsvedtak» for kommunen og anførte deretter blant annet:

«Som påpekt av Sivilombudsmannen, ble Mattilsynet fra 1. januar 2004 (endringsforskrift av 4. februar 2004) gitt hjemmel til å forby eller sette vilkår for aktiviteter som forurenser eller kan medføre fare for forurensning av drikkevann. Før Mattilsynet gjør vedtak skal det innhentes uttalelse fra berørte kommuner om forhold som angår bla. miljørettet helsevern.

Bestemmelsen gir således ikke noen selvstendig hjemmel for kommunelegen til å forby oppføring av de nevnte eneboligene, men at kommunelegens uttalelse (jfr. ovennevnte delegering) skal innhentes. Fylkesmannen går ut i fra at det er denne sentrale rolle kommunelegen har i saksforberedelsen som er årsak til at han har henvisning til bestemmelsen i hjemmelsgrunnlaget. I tillegg kommer at drikkevannsforskriften var endret umiddelbart forut med overføring av den aktuelle vedtakskompetansen til Mattilsynet.

Videre har kommunelegen henvisning til §§ 7, 8 og 9b i Forskrift om miljørettet helsevern i hjemmelsgrunnlaget for vedtaket. Som Sivilombudsmannen påpeker, burde også forskriftens § 6 om tilsyn og virkemidler vært tatt med. Denne bestemmelsen gir kommunen hjemmel til å føre tilsyn med at øvrige bestemmelser i forskriften overholdes, og til eventuelt å treffe nødvendige enkeltvedtak med hjemmel i kommunehelsetjenestelovens kap. 4a for å se til at funksjonskravene i bla. §§ 7-9 overholdes.

---

Kommunelegen viste også til kommunehelsetjenestelovens § 4a-1 og § 4a-4 i hjemmelsgrunnlaget. I samme lovs § 4a-2 er kommunestyret gitt myndighet til å utøve den virksomhet og treffe de avgjørelser innen miljørettet helsevern som det er tillagt i lov eller i medhold av lov. Denne bestemmelsen gir en klarere hjemmel for det vedtak som kommunelegen gjorde.

Det fremgår av foranstående at det ved hjemmelshenvisning for kommunelegens vedtak med fordel kunne vært tatt med § 6 i forskrift om miljørettet helsevern og § 4a-2 i kommunehelsetjenesteloven.

Når det gjelder det materielle innhold i byggeforbudet, er i saken anført betydningen av at Rorevannet er drikkevannskilde for ca 55.000 innbyggere i Grimstad og Arendal. I nedslagsfeltet er det allerede etablert så mange virksomheter

og boliger, at dette gir grunn til bekymring for mulig forurensning av drikkevannskilden. Dette var også bakgrunn for Fylkesmannens tidligere krav om gjennomgang av beskyttelsestiltak i nedslagsfeltet som en betingelse for godkjenning av drikkevannsforsyningen, samt en forutsetning fra kommunens side om en meget restriktiv dispensasjonspraksis.

Selv om det omsøkte tiltaket i seg selv ikke representerte noen betydelig økning av den totale forurensningsrisikoen, har en - på bakgrunn av det allerede etablerte, høye risikonivået - ikke funnet særlige argumenter for å behandle denne søknaden annerledes enn andre tilsvarende søknader om oppføring av bolig i drikkevannets nedslagsfelt. Det har vært ansett som helt sentralt at risikonivået for forurensning av Rorevannet ikke økes, og at det blir ført en meget streng dispensasjonspraksis fra kommunens side.»

Klageren kommenterte fylkesmannens svar. Han var i hovedsak opptatt av at det var bygget andre boliger i nedslagsfeltet, og gjentok at han følte seg forskjellsbehandlet.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Jeg finner innledningsvis grunn til å presisere at undersøkelsen herfra har vært innrettet mot å avklare hjemmelsgrunnlaget og korrekt saksbehandlingsmåte for kommuneoverlegens disposisjoner. Spørsmålet er om kommuneoverlegen hadde myndighet til å treffe det *vedtak* som er truffet i saken, eller om hans rolle skulle vært begrenset til å gi faglig råd til plan- og bygningsmyndighetene i form av en *uttalelse*. Kommuneoverlegens faglige vurdering av forurensningsrisikoen, herunder betydningen av rapporten fra Asplan Viak, har ikke vært gjenstand for undersøkelser fra min side. Heller ikke klagerens anførsler om usaklig forskjellsbehandling har vært undersøkt nærmere.

Jeg har merket meg fylkesmannens redegjørelse for den delegasjonen som har funnet sted fra kommunestyret til henholdsvis rådmannen og kommuneoverlegen. Tildelingsbrevene er generelt utformet og viser til dels til reglementer og skriv som ikke er lagt ved. Det fremgår imidlertid at kommunestyrets myndighet etter kommunehelsetjenesteloven med forskrifter er delegert til rådmannen, med unntak av den myndighet som er nevnt i lovens § 4a-4 fjerde ledd, § 4a-10 og § 4a-11 tredje ledd. Rådmannen har igjen delegert myndigheten til blant annet kommuneoverlegen. Jeg går etter dette ikke videre med spørsmålet.

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor anga kommuneoverlegen hjemmelsgrunnlaget for vedtaket til å være «Forskrift om vannforsyning og drikkevann av 4. des 2001 nr 1372 § 4 og Forskrift om miljørettet helsevern av 25. april 2003 nr 486 §§ 7, 8 og 9b hjemlet i Lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr 66 § § 4a-1 4a-4».

Kommunehelsetjenesteloven § 4a-1 gjelder «de-

finisjon og forskrifter». Etter bestemmelsens annet ledd kan departementet gi forskrifter om miljørettet helsevern. Tredje ledd i bestemmelsen gir departementet myndighet til å gi bestemmelser om smittevern. Paragrafen gir med andre ord myndighet for departementet til å gi bestemmelser, men inneholder i seg selv ingen forbudsbestemmelser og heller ingen hjemmel for forvaltningen til å nedlegge forbud. Paragrafen kan med andre ord klart nok ikke hjemle det vedtaket som er truffet.

Jeg kan heller ikke se at kommunehelsetjenesteloven § 4a-4 gir hjemmel for vedtaket. Denne bestemmelsens første og annet ledd gir nærmere bestemmelser om at forskrifter etter lovens § 4a-1 annet ledd kan inneholde bestemmelser om meldeplikt for «den som planlegger eller iverksetter virksomhet som etter sin art kan påvirke helsen». Jeg antar at den meldeplikten som fremgår av forskrift om miljørettet helsevern § 14 er gitt med utgangspunkt i denne lovbestemmelsen. Etter § 4a-4 siste ledd kan kommunestyret kreve stansing av en meldepliktig virksomhet dersom nødvendig godkjenning ikke foreligger. Det synes å være på det rene at tiltaket det i saken her er tale om, ikke er «meldepliktig» etter forskriften § 14. Jeg bemerker også at kommunestyrets myndighet til å kreve stansing, ikke er delegert til kommunelegen, jf. fremstillingen ovenfor.

Fylkesmannen har fremhevet § 4a-2 som «en klarere hjemmel for det vedtak som kommunelegen gjorde». Jeg kan imidlertid vanskelig se at dette er tilfellet. Bestemmelsen gir riktignok myndighet til kommunestyret, men det er til å «ha tilsyn med de faktorer som er nevnt i § 4a-1, første ledd». At kommunestyret skal føre «tilsyn» innebærer ikke at det også kan nedlegge forbud mot uønsket virksomhet. Til det kreves uttrykkelig hjemmel. Dette fremgår for så vidt også av bestemmelsens ordlyd, idet det er vist til at kommunestyret kan treffe de avgjørelser som det er tillagt i lov eller i medhold av lov.

Kommuneoverlegen har også vist til forskrift 4. desember 2001 nr. 1372 om vannforsyning og drikkevann (drikkevannsforskriften) § 4 som hjemmelsgrunnlag. Bestemmelsens første ledd fastslår at det er forbudt å forurense vannforsyningssystem og internt fordelingsnett dersom dette kan medføre fare for forurensning av drikkevannet. Det fremgår av annet ledd at *Mattilsynet* kan forby eller sette vilkår for «aktiviteter» som forurenser eller kan medføre fare for forurensning av drikkevann. Jeg vil ikke utelukke at oppføring av boliger kan defineres som en «aktivitet», men i så fall er det *Mattilsynet* som er gitt kompetanse til å forby dette. I siste punktum står det imidlertid at berørte kommuner skal avgi *uttalelse* om forhold som angår miljørettet helsevern og arealdisponering før det treffes vedtak. Fylkesmannen har i svaret hit opplyst at bestemmelsen ikke gir noen selvstendig hjemmel for kommuneoverlegen til å forby oppføring av eneboligene, men at kommunens uttalelse skal innhentes. Fylkesmannen legger derfor til grunn at «det er denne sentrale rolle kom-



munelegen har i saksforberedelsen som er årsak til at han har henvist til bestemmelsen i hjemmelsgrunnlaget». Fylkesmannen viser også til at «drikkevannsforskriften var endret umiddelbart forut med overføring av den aktuelle vedtakskompetansen til Mattilsynet». Jeg forstår dette slik at fylkesmannen er enig i at kommuneoverlegen ikke hadde myndighet til å treffe vedtak med henvisning til drikkevannsforskriften § 4. Det ville vært en fordel om fylkesmannen hadde avdekket dette allerede ved behandlingen av klagen på kommuneoverlegens vedtak.

Det er i vedtaket videre vist til forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern §§ 7, 8 og 9b. Forskriften fastsetter i § 7 «overordnet krav» til virksomheter og eiendommer. Forskriftens § 8 gjelder «beliggenhet». Forskriftens § 9 b fastslår at forurensning i form av utslipp til blant annet vann ikke skal medføre fare for helseskade eller helsemessig ulempe. Felles for de tre bestemmelsene er at det er tale om materielle krav til de som driver eller eier virksomheter eller eiendommer. Ingen av bestemmelsene gir imidlertid myndighetene hjemmel til å gripe inn ved eventuelle brudd. Hjemmelen for det må søkes i andre bestemmelser. Eksempler på slike bestemmelser er kommunehelsetjenesteloven § 4a-8 om retting og § 4a-10 om stansing. Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, er myndigheten til å kreve stansing etter § 4a-10 ikke delegert.

Det ble i foreleggelsen herfra spurt om bestemmelsen i forskriften § 6 kunne vært anvendt. Bestemmelsen sier at kommunen skal føre tilsyn med at forskriften overholdes og treffe nødvendige enkeltvedtak med hjemmel i lovens kapittel 4a. Til dette har fylkesmannen svart at § 6 «burde vært tatt med». Det er grunn til å understreke at heller ikke forskriften § 6 gir noen selvstendig hjemmel til å gripe inn med forbud. Bestemmelsen gir således selv anvisning på at eventuelle vedtak må forankres i kommunehelsetjenesteloven selv.

Det må etter dette kunne slås fast at ingen av de bestemmelsene kommuneoverlegen har vist til, kan hjemle det vedtaket som er truffet. Hvorvidt Mattilsynet kunne ha nedlagt et tilsvarende forbud etter drikkevannsforskriften § 4, er det ikke grunn for meg til å gå inn på her. Jeg må etter dette anmode fylkesmannen om å behandle saken på nytt i lys av de anførsler jeg har redegjort for ovenfor. Det riktige synes formentlig å være å oppheve kommuneoverlegens vedtak som ugyldig og sende saken tilbake for ny behandling. Jeg finner for ordens skyld grunn til å presisere at dette ikke betyr at bygging dermed vil være tillatt. Inntil videre må det legges til grunn at byggetiltaket vil kunne medføre en forurensningsfare som må antas å være i strid med loven. Kommuneoverlegens avgjørelse må med andre ord så langt sees som en faglig begrunnet uttalelse som ikke er overprøvd og satt til side av kompetent myndighet.

I forbindelse med den nye behandlingen av saken finner jeg grunn til å tilføye at forskrift om miljørettet helsevern § 3 gir anvisning på at helsehensyn

så langt som mulig skal ivaretas gjennom ordinære prosesser knyttet til planlegging og godkjenning av virksomheter og eiendommer. Helse- og omsorgsdepartementet har i merknad til bestemmelsen presisert at bestemmelsen er ment å gjenspeile prinsippet om at forskriften skal ha en sikkerhetsfunksjon, og at hensynet til helse så langt som mulig skal ivaretas gjennom andre sektors regelverk. Departementet viser til at det innen en rekke ulike sektorer er gitt mer detaljerte bestemmelser enn de som følger av denne forskriften, og hvor et av formålene er å ivareta helsen. Dette gjelder ifølge departementet blant annet innen «plan- og bygningssektoren». I dette tilfellet er det nettopp gitt slike «mer detaljerte bestemmelser» i kommuneplanens arealdel. Eiendommen er i planen vist som sone 3 i nedslagsfeltet for Rorevannet, og det er i tillegg gitt retningslinjer for søknad om tiltak der. Retningslinjene angir at alle søknader i dette området «skal forelegges kommunehelsetjenesten for vurdering før saken endelig behandles». Jeg antar at det var en slik «vurdering» teknisk sektor i Grimstad kommune ba om i brevet 23. april 2004 til kommuneoverlegen. I stedet ble det fattet et formelt vedtak. Vedtaket synes å ha satt en effektiv stopper for sakens videre behandling.

I forbindelse med den nye behandlingen vil kommuneoverlegen, evt. fylkesmannen, måtte vurdere hvilken videre fremgangsmåte som vil være mest korrekt slik saken nå står. En mulighet synes å være at kommuneoverlegen gir planmyndighetene en slik vurdering som de har bedt om. Slik saken er opplyst, synes klagerens forslag til reguleringsplan ikke å ha vært lagt frem for teknisk utvalg siden møtet 4. november 2003. Jeg gjør for ordens skyld oppmerksom på at en grunneier etter plan- og bygningsloven § 30 første ledd har rett til å legge frem og å få vurdert sitt private planforslag av det faste utvalget for plansaker.

Det er viktig å understreke at jeg ikke har uttalt meg noe om hvilket innhold kommuneoverlegens vurdering bør ha. Dette spørsmålet beror på faglige vurderinger som ikke er av rettslig karakter, og som jeg derfor ikke kan gå inn på.

En kopi av min uttalelse er sendt Grimstad kommune, teknisk sektor til orientering.

Jeg ber om å bli underrettet om hva fylkesmannen og kommuneoverlegen videre foretar seg i saken.»

Fylkesmannen omgjorde etter dette sitt vedtak i klagesaken og opphevet kommuneoverlegens vedtak. Han henstilte til kommunen om å «innhente sakyndig uttalelse fra kommunelege for behandling av det private reguleringsforslaget».

## 90.

**Adgangen til å gi rammetillatelse i byggesaker der sektormyndigheten har stilt seg negativ til tiltaket – om reindrifftsloven 1978 § 10 nr. 4 gir anvisning på en samtykkeordning**

(Sakene 2006/525, 2007/622 og 2007/62)

*Fylkesmannen hadde lagt til grunn at bygningsmyndighetene manglet hjemmel til å gi byggetillatelse for en hytte fordi reindrifftsmyndighetene hadde gått mot tiltaket og samtykke dermed manglet. Ombudsmannen sa seg enig i at igangsettingstillatelse ikke kunne gis, men han kunne ikke se at det uten videre var grunnlag for å avslå rammetillatelse. Fylkesmannen ble derfor bedt om å behandle saken på nytt.*

*Etter å ha innhentet en uttalelse fra Kommunal- og regionaldepartementet ga fylkesmannen uttrykk for at det ikke forelå noen plikt for bygningsmyndighetene til å dele opp saksbehandlingen, og avslaget ble opprettholdt.*

*Ombudsmannen fant det nødvendig å ta spørsmålet opp med departementet av eget tiltak. I den avsluttende uttalelsen la ombudsmannen til grunn at rammetillatelse normalt bare vil kunne gis der det er søkt om det, men at plan- og bygningsloven § 95 gir bygningsmyndighetene en selvstendig hjemmel for å splitte opp behandlingen, og at de etter forholdene vil kunne ha en plikt til å ta spørsmålet opp med søkeren. Myndighetene har plikt til å innvilge søknaden så langt plan- og bygningsloven hjemler det.*

*Avslaget i byggesaken hadde også reist spørsmålet om det var riktig slik fylkesmannen antok at reindrifftsloven ga anvisning på en samtykkeordning. Spørsmålet ble tatt opp med Landbruks- og matdepartementet, som konkluderte med at «reindrifftsloven [av 1978] § 10 nr. 4 ikke gir grunnlag for noen samtykkeordning utover det som følger av bestemmelsen om omlegging/åpning av ny flyttleier». Det var likevel forutsatt at reindrifftsstyret skulle uttale seg i byggesaker som berørte reindrifften. Ombudsmannen sa seg enig, men anbefalte at uttaleretten kom klarere til uttrykk i regelverket.*

Klagen til ombudsmannen ga opphav til to uttalelser vedrørende tre atskilte, men innbyrdes avhengige spørsmål registrert med tre saksnumre. På grunn av den nære sammenhengen mellom uttalelsene, presenteres de samlet.

**A. Saksnummer 2006/525: Den opprinnelige klagen til ombudsmannen**

Forvaltningssaken gjaldt oppføring av hytte. Reindrifftsmyndighetene hadde stilt seg negative til søknaden, og spørsmålet var hvilken betydning dette skulle ha for bygningsmyndighetenes behandling.

A søkte i 2002 X kommune om tillatelse til oppføring av en hytte. Kommunen - teknisk hovedutvalg - ga i januar 2003 byggetillatelse som omsøkt.

Før kommunen traff sitt vedtak, var saken blitt oversendt reindrifftsmyndighetene ved områdestyret for Troms. Områdestyret hadde gått mot byggesøknaden, idet oppføringen av hytta etter områdestyrets mening ville komme i konflikt med trekk- og flyttleier for rein.

Etter klage fra reindrifftsagronomen fattet Fylkesmannen i Troms i mai 2003 vedtak med slik konklusjon:

«Klagen fra Reindrifftsforvaltningen Troms tas til følge. Kommunens vedtak ... oppheves.»

Fylkesmannens vedtak var begrunnet i at kommunen ikke hadde hjemmel for å gi endelig byggetillatelse når reindrifftsmyndighetens samtykke ikke forelå.

A ba fylkesmannen omgjøre vedtaket. Begjæringen var begrunnet med at det ikke var nødvendig med noe samtykke fra områdestyret, idet oppføring av hytta ikke ville stenge noen trekk- eller flyttleier. I brev ga fylkesmannen uttrykk for at det ikke var grunnlag for omgjøring av vedtaket før det forelå et nytt vedtak fra reindrifftsmyndighetene som skulle tilsi noe annet. Det ble gitt uttrykk for at myndigheten til å beslutte stenging av flyttleier, jf. reindrifftsloven § 10, var lagt til departementet, og at det var uklart om myndigheten var delegert til områdestyrene. Det avgjørende måtte imidlertid uansett være at det var et krav for å kunne gi byggetillatelse at samtykke fra reindrifftsmyndighetene var gitt.

Det ble ytterligere diskusjon mellom fylkesmannen, reindrifftsmyndighetene og A omkring myndighetsspørsmålene i saken. Så vel reindrifftsmyndighetene som fylkesmannen anmodet derfor Landbruksdepartementet om å avklare spørsmålene.

Henvendelsen ble besvart av Landbruks- og matdepartementet, og det ble fremholdt at det bare var departementet selv som kunne beslutte stenging av flyttleier.

A henvendte seg etter dette på nytt til fylkesmannen med anmodning om omgjøring av vedtaket. I fylkesmannens svar ble det gitt uttrykk for at det ikke var grunnlag for å omgjøre vedtaket, med mindre reindrifftsmyndighetene endret sin oppfatning.

I klagen til ombudsmannen anførte A at fylkesmannen uriktig hadde lagt til grunn at byggesøknaden var avhengig av tillatelse fra departementet, idet departementet etter reindrifftsloven § 10 nr. 4 bare har kompetanse til å gi tillatelse til «omlegging» av flyttleier og «åpning» av nye flyttleier. Spørsmålet om et byggetiltak ville komme i strid med en flyttleier var således et spørsmål om reindrifften på et privatrettslig grunnlag hadde slike rettigheter, og dette spørsmålet kunne ikke avgjøres i forvaltningen. Plan- og bygningsloven § 95 nr. 1 fikk derfor ikke anvendelse i saken. A mente fylkesmannen pliktet å innvilge byggesøknaden.

For det tilfelle at reindrifftsloven § 10 nr. 4 ble ansett å få anvendelse i saken, mente A at det var uriktig

av fylkesmannen å avslå byggesøknaden. Plan- og bygningsloven § 95 nr. 1 åpnet enten for å utsette saken eller å gi rammetillatelse. Fylkesmannens vedtak måtte således være ugyldig. A anførte dessuten at vedtaket var en nullitet, og at saken måtte tas til fortsatt behandling ved fylkesmannsembetet.

Subsidiært ble det gjort gjeldende at departementet pliktet å ta stilling til om byggetiltaket krevde tillatelse etter reindrifftsloven § 10 nr. 4.

I brev herfra ble fylkesmannen spurt om han i klagevedtaket hadde mente å omgjøre kommunens vedtak, eller om meningen var å oppheve kommunens vedtak og hjemvise saken til ny behandling i kommunen. Fylkesmannen ble deretter bedt om å redegjøre for sitt standpunkt om at bygningsmyndighetene ikke har rettslig adgang til å gi byggetillatelse dersom reindrifftsmyndighetenes samtykke ikke foreligger. Det ble særlig spurt om reindrifftsloven § 10 nr. 4 utelukker at en byggesøknad kan innvilges dersom samtykke ikke foreligger.

Fylkesmannen besvarte henvendelsen og ga en generell redegjørelse for saken og bakgrunnen for den. Det ble særlig fremhevet at kommunen ikke hadde vedtatt en arealdel til kommuneplanen. Det het videre:

«Sivilombudsmannen ber bl.a. om at det opplyses om Fylkesmannens vedtak innebærer at det er truffet nytt vedtak i saken, eller om kommunens vedtak er opphevet og saken hjemvist til ny behandling, jf. forvaltningsloven (fv.l.) § 34 fjerde ledd.

Fylkesmannen legger til grunn at vårt vedtak av 6.5.2003 er et nytt vedtak i saken, der søknad om dispensasjon og byggetillatelse for den aktuelle hytta er avslått. Vi ser at terminologien i vedtaket - ved at vi har brukt ordet «opphevet» - kan fremstå som misvisende. Vi presiserer derfor at vi ikke har ment at saken skulle behandles på nytt i kommunen (med mindre reindrifftsmyndighetene skulle endre sitt vedtak i saken etter reindrifftsloven. Da vil saken kunne gjenopptas som en ny søknad, evt. som en omgjøringssak). Vi har heller ikke grunn til å anta at saken pr. i dag er til behandling i ... kommune.

Sivilombudsmannen uttaler videre at «Fylkesmannens vedtak 6. mai synes å bygge på at bygningsmyndighetene ikke har rettslig adgang til å gi byggetillatelse, dersom reindrifftsmyndighetenes samtykke ikke foreligger, jf. vedtakets s. 3 tredje avsnitt nedenfra. Det gis samme sted uttrykk for at 'reindrifftsmyndighetenes faglige vurdering etter reindrifftsloven' ikke kan overprøves.' Det er bedt om en nærmere redegjørelse for Fylkesmannens syn på dette punkt.

Slik Fylkesmannen ser det, må det her sones mellom de tilfeller sektormyndigheten skal avgi uttalelse til en søknad om dispensasjon som berørt fagmyndighet, og de tilfeller der iverksettelsen av et byggetiltak ikke bare fordrer byggetillatelse (evt. ved dispensasjon), men også særskilt tillatelse etter særlov.

Etter vårt syn kan det ikke gis endelig byggetillatelse når samtykke etter reindrifftsloven § 10 er nødvendig og samtykke faktisk ikke er gitt. Vi viser til at *igangsettingstillatelse* ikke kan gis før tillatelse fra reindrifftsmyndighetene foreligger, jf. pbl. § 95 a nr. 2, jf. dagjeldende forskrift om

saksbehandling og kontroll i byggesaker § 15 a. Da Fylkesmannen traff sitt vedtak, ble det lagt til grunn at nødvendig tillatelse etter reindrifftsloven ikke var gitt. Uten at det fremgår eksplisitt av vårt vedtak, la vi også til grunn at byggesaken var behandlet i ett trinn og at vedtaket gav tiltakshaver rett til å iverksette tiltaket, hvilket må kunne sidestilles med situasjonen der saksbehandling deles opp med en avsluttende igangsettingstillatelse. Situasjonen var således en annen enn om det bare var gitt en rammetillatelse, evt. slik at reindrifftsmyndighetens behandling av saken etter reindrifftsloven fortsatt ikke var endelig avgjort. I det sistnevnte tilfellet må kommunen - iht. pbl. § 95 nr. i annet ledd - enten utsette saken, eller gi rammetillatelse på betingelse av sektormyndighetens senere tillatelse etter særloven - i dette tilfellet reindrifftsloven § 10 nr 4 - blir gitt. Tilsvarende vil gjelde i for eksempel delingssaker, i de tilfeller det også kreves tillatelse etter jordloven § 12.

Vi presiserer derfor at vi ikke er av den oppfatning at reindrifftsloven § 10 uten videre gir selvstendig hjemmel for avslag på søknad om byggetillatelse etter pbl. Men i de tilfeller det foreligger et endelig avslag etter særloven (enkeltvedtak), har Fylkesmannen vanskelig for å forstå at det skulle være behov for å gi en rammetillatelse betinget av at avgjørelse eller tillatelse fra annen myndighet blir innhentet. I et slikt tilfelle er det jo på tidspunktet for bygningsmyndighetens vedtak etter pbl. *kjent som et faktum* at det ikke er gitt fornøden tillatelse etter særloven, og da må byggesøknaden kunne avslås, idet tiltaket uansett ikke kan realiseres uten etter de nødvendige tillatelser etter begge lover. Når forholdet etter sektorloven er avklart med et avslag, har tiltakshaver lite behov for en betinget rammetillatelse etter pbl, og behovet for samordning av byggesaken og saken etter særloven iht. pbl. §§ 95 og 95 a) vil ikke lenger være til stede.

Dette er ikke til hinder for at søkeren kommer tilbake til saken dersom sektormyndigheten senere skulle komme til et annet resultat. Følgelig mener vi at det som står skrevet om denne situasjonen i Pedersen m.fl. «Plan- og bygningsrett» s. 166 nederst - dvs. dersom sektormyndigheten har avslått - at saken bør utsettes eller at det bør gis en betinget rammetillatelse - er lite praktisk. Et tiltak som krever tillatelse etter to lover kan ikke iverksettes uten positivt vedtak etter begge lovene.

Når det gjelder vår oppfatning om at reindrifftsmyndighetenes faglige vurdering i praksis er vanskelig å overprøve, vil vi presisere vårt synspunkt. Der reindrifftsmyndigheten uttaler seg som høringsinstans til en byggesøknad i et LNF-område (der det er vedtatt en arealdel til kommuneplanen), og saken ikke fordrer særskilt tillatelse etter reindrifftsloven fordi hytten evt. ikke vil stenge for en flyttlei for rein, har Fylkesmannen full overprøvningsrett, dog slik at reindrifftsmyndighetens faglige vurderinger av tiltakets innvirkning på reindrifften naturligvis må hensyntas og regelmessig vil måtte tillegges ikke liten vekt i dispensasjonsvurderingen.

I de tilfeller der det i tillegg kreves særskilt tillatelse i form av et enkeltvedtak etter reindrifftsloven, må bygningsmyndigheten - og Fylkesmannen som klageinstans - legge til grunn reindrifftsmyndighetens vurdering av at tiltaket er søknadspliktig etter reindrifftsloven, og bygningsmyndigheten må også uten nærmere vurde-

ring legge til grunn reindriftsmyndighetens vedtak i saken. Dette følger av rollefordelingen mellom de ulike myndigheter. Like lite som reindriftsmyndigheten har myndighet til å avslå en sak etter pbl., har bygningsmyndigheten myndighet til å treffe vedtak etter reindriftsloven. Under enhver omstendighet må bygningsmyndigheten legge til grunn og forholde seg til at reindriftsmyndigheten mener at samtykke etter sektorloven er påkrevd, og at slikt samtykke ikke er gitt.

I denne forbindelse viser vi til at samordningsbestemmelsene i pbl. § 95 og § 95 a ville bli illusoriske dersom en tiltakshavers egen oppfatning av om en trekkei faktisk blir stengt skulle være avgjørende for om bygningsmyndighetene skal gi tillatelse eller ikke.

Fylkesmannen ser - i likhet med klageren - at det kan reises spørsmål ved om Områdestyret er kompetent myndighet til å treffe vedtak om stengning eller omlegging av flyttlei for rein, til tross for at dette fremgikk av rundskriv 12/2000 fra daværende Landbruksdepartementet. Slik Fylkesmannen ser det, kan uansett ikke bygningsmyndigheten eller Fylkesmannen ha noen innflytelse over de interne myndighetsforhold knyttet til behandlingen av saker etter reindriftsloven. Disse må forutsettes løst internt i reindriftsmyndigheten.»

Fylkesmannen presiserte avslutningsvis at tiltakshaver ville få ny vurdering av saken dersom tillatelse etter reindriftsloven § 10 faktisk ble gitt, eller dersom reindriftsmyndighetene endret sin oppfatning av om det var en tradisjonell trekkei for rein på stedet, og om denne i tilfelle ble stengt som følge av byggetiltaket.

A kom tilbake til saken og anførte blant annet at fylkesmannen uriktig hadde lagt til grunn at områdestyret hadde truffet et enkeltvedtak etter reindriftsloven § 10 nr. 4. I stedet var det bare snakk om en uttalelse (til byggesaken). Han mente utfallet av fylkesmannens behandling skulle ha vært at kommunens vedtak ble opphevet, og hjemvist til nye behandling der.

Det var ytterligere korrespondanse med partene i saken. Brevvekslingen er uten betydning for utfallet, og gjengis derfor ikke her.

### **Fra min uttalelse som avsluttet saksnummer 06/525, gjengis:**

#### *«3.3 Konsekvensen for byggetillatelsen av reindriftsmyndighetenes negative vedtak*

Det sentrale spørsmålet i saken er om byggetillatelse kan gis dersom reindriftsmyndighetene som sektormyndighet har stilt seg negative til søknaden. Fylkesmannens avslag på byggesøknaden var begrunnet i at reindriftsmyndighetenes tillatelse som sektormyndighet ikke forelå på tidspunktet for fylkesmannens behandling.

Spørsmålet reguleres av plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 95 nr. 1 og 2, som på tidspunktet for fylkesmannens vedtak lød slik:

«1. Når søknaden er fullstendig skal den snarest mulig behandles og avgjøres av kommunen.

Når tiltaket er betinget av tillatelse eller samtykke fra annen myndighet, eller når planer for tiltaket skal legges frem for slik myndighet, kan kommunen likevel vente med å avgjøre saken inntil det foreligger avgjerd eller uttalelse fra vedkommende myndighet. Kommunen kan også gi rammetillatelse innenfor sitt myndighetsområde, med forbehold om at igangsettingstillatelse ikke vil bli gitt før forholdet til andre myndigheter er bragt i orden, jfr. nr. 2 annet ledd og § 95 a.

2. Før tillatelse etter § 93 blir gitt, skal kommunen, ut fra de opplysninger som blir gitt i søknaden, påse at nødvendig kontroll blir utført for at tiltaket ikke vil stride mot bestemmelser som er gitt i eller i medhold av denne loven. Der opplysninger ikke foreligger, kan kommunen kreve slike. Kommunen kan i nødvendig grad pålegge tiltakshaver at deler av prosjekteringsdokumentasjonen undergis uavhengig kontroll.

Når tiltak etter denne loven eller andre lover krever tillatelse eller samtykke fra helsemyndighet, brannvernmyndighet, arbeidstilsynet, vegmyndighet, havnemyndighet, forurensningsmyndighet, Sivillforsvaret, jordlovmyndighet, friluftsmyndighet og fredningsmyndighet, eller planer for tiltaket skal legges frem for myndighet som nevnt, skal kommunen forelegge saken for vedkommende myndighet, hvis avgjerd eller uttalelse ikke er innhentet på forhånd. Ved forskrift kan denne bestemmelse utvides til også å gjelde overfor andre myndigheter. ...»

Lovens § 95 ble supplert av forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker (SAK) § 15 a, som hadde følgende ordlyd:

#### *«§ 15a. Behandling av søknaden i kommunen*

Når tiltak etter denne loven eller etter reindriftsloven krever tillatelse eller samtykke fra reindriftsmyndighet, skal kommunen forelegge saken for reindriftsmyndighet i tillegg til de myndigheter som er oppregnet i pbl. §95 nr. 2 annet ledd.»

I svaret på foreleggelsen herfra har fylkesmannen fremholdt at det ikke kan gis «endelig byggetillatelse» når samtykke etter reindriftsloven § 10 nr. 4 er nødvendig, og samtykke faktisk ikke er gitt. Jeg forstår fylkesmannens henvisning til «endelig byggetillatelse» - et begrep som ikke benyttes i loven - slik at det siktes til rammetillatelse og igangsettingstillatelse. I så fall har jeg ingen innvendinger til fylkesmannens standpunkt. At igangsettingstillatelse ikke kan gis før et nødvendig samtykke fra sektormyndigheten foreligger, følger så vidt jeg kan se av plbl. § 95a, som på tidspunktet for fylkesmannens vedtak lød slik:

«1. ...

2. Igangsettingstillatelse kan ikke gis før fullstendig søknad etter §94 nr. 1 første ledd er innsendt og undergitt nødvendig kontroll, samt at eventuelle tillatelser fra andre myndigheter foreligger. Det samme gjelder godkjenning av ansvarlig utførende, kontrollplan og kontrollform etter §97. Det kan likevel gis tillatelse til igangsetting av deler av tiltaket, herunder tillatelse til graving.»

Fylkesmannen har i svaret på foreleggelsen herfra presisert at han ikke mener at reindriftsloven § 10 uten videre gir selvstendig hjemmel for avslag på søknad om byggetillatelse. Fylkesmannen har imidlertid også lagt til grunn at siden reindriftsmyndighetens negative vedtak forelå på det tidspunktet fylkesmannen hadde saken til behandling, kunne det ikke være noe behov for å gi en rammetillatelse, som nettopp ville måtte gjøres betinget av at avgjørelse eller tillatelse fra sektormyndigheten ble innhentet. Når tiltakshaver ikke hadde behov for en betinget rammetillatelse, måtte det riktige være å avslå byggesøknaden.

Fylkesmannen synes her å gi uttrykk for at sektormyndighetens negative vedtak ga bygningsmyndighetene materielt grunnlag for å avslå en byggesøknad. Her kan jeg ikke følge fylkesmannen. Plan- og bygningsloven § 95 nr. 1 og 2 pålegger kommunen et visst koordineringsansvar i forhold til sektormyndighetene. Lovens § 95 nr. 1 annet ledd åpner for at kommunens plikt til å realitetsbehandle byggesøknaden (jf. nr. 1 første ledd) suspenderes inntil sektormyndighetens tillatelse, resp. uttalelse, foreligger.

Tillatelsen (samtykket, uttalelsen) må i utgangspunktet tiltakshaver selv fremskaffe. I forhold til bestemte, særskilt oppregnede sektormyndigheter, pålegger imidlertid pbl. § 95 nr. 2 kommunens plikter. Etter SAK § 15 a gjelder (gjaldt) plikten også i forhold til reindriftsmyndighetene. Dersom tillatelse, samtykke eller uttalelse fra disse særskilt oppregnede sektormyndighetene ikke foreligger på søknadstidspunktet, plikter kommunen selv å forelegge saken for sektormyndigheten samtidig som det skal settes en tidsfrist for sektormyndighetens tillatelse. Også her suspenderes kommunens avgjørelsesplikt inntil tillatelsen (samtykket, uttalelsen) foreligger, eller inntil tidsfristen er løpt ut.

Når sektormyndighetens vedtak eller uttalelse foreligger, gjenopptas kommunens plikt til å avgjøre saken «snarest mulig», jf. § 95 nr. 1 første ledd. Det materielle avgjørelsesgrunnlaget for byggesøknaden er imidlertid fremdeles bare plan- og bygningsloven selv, eller bestemmelser gitt i medhold av denne - typisk en plan. Dette gjelder uten hensyn til om sektormyndigheten har truffet et vedtak, eller det bare er avgitt en uttalelse, og uten hensyn til om et evt. vedtak er positivt eller negativt. Et avslag på en byggesøknad kan således ikke begrunnes alene i at sektormyndigheten har stilt seg negativ til tiltaket, såfremt ikke sektormyndighetens samtykke er et vilkår etter plan- og bygningsloven selv (slik tilfellet eksempelvis er i pbl. § 66 nr. 1 første ledd i.f.). Tilsvarende kan en byggesøknad ikke innvilges fordi sektormyndigheten har stilt seg positiv til søknaden, dersom bestemmelser i plan- og bygningsloven eller i plan er til hinder.

Det er dermed ikke treffende når fylkesmannen i svaret på foreleggelsen herfra fremholder at tiltakshaver har «lite behov for en betinget rammetillatelse etter pbl.» når forholdet til sektorloven er avklart.

Dette synspunktet overser at den materielle rammen for bygningsmyndighetenes avgjørelsesgrunnlag er begrenset til plan- og bygningsloven selv. Jeg peker dessuten på at når det - som i denne saken - var omstridt hvorvidt reindriftsloven virkelig gir reindriftsmyndighetene kompetanse til å samtykke til byggesøknaden, har det verdi for tiltakshaver å vite at i det minste forholdet til plan- og bygningsloven er løst. Dette må sees i sammenheng med at en gitt (ramme-) tillatelse bare kan omgjøres så langt reglene i forvaltningsloven § 35 ikke er til hinder (se likevel pbl. § 96 om bortfall av tillatelse). Skulle det vise seg at reindriftsmyndighetenes vedtak ikke ble stående, ville parten ha krav på å få igangsettingstillatelse, forutsatt at det for øvrig ikke heftet mangler ved rammetillatelsen, og at de vilkår som måtte følge av den, er oppfylt fra tiltakshavers side.

Jeg mener det således var uriktig av fylkesmannen å avslå byggesøknaden under henvisning til at reindriftsmyndigheten hadde truffet et negativt vedtak til byggesøknaden med hjemmel i reindriftsloven § 10 nr. 4. Dersom byggesøknaden for øvrig var i orden, måtte det riktige være å meddele A rammetillatelse for oppføring av hytta.

Fylkesmannen nevner i svaret på foreleggelsen herfra at kommunen hadde behandlet byggesaken i ett trinn, og ikke nøydt seg med å gi en rammetillatelse. Det innebar at kommunens tillatelse ga A rett til å oppføre hytta umiddelbart. Dersom det er på det rene at en nødvendig tillatelse eller et samtykke fra sektormyndigheten ikke foreligger, skal det - som nevnt over - ikke gis igangsettingstillatelse. Dersom dette likevel er gjort, hefter det en innholdsmangel ved vedtaket. Som ellers i forvaltningsretten gjelder det imidlertid også her en regel om at vedtaket ikke blir ugyldig i større utstrekning enn feilen tilsier. Dersom byggetillatelsen er mangelfull fordi en sektormyndighets samtykke mangler, må klageinstansen kunne gi rammetillatelse. Alternativt kan klageinstansen oppheve kommunens vedtak og hjemvise dette til ny behandling sammen med en påpeking av den feilen som heftet ved kommunens vedtak.

### *3.4 Gir reindriftsloven § 10 nr. 4 hjemmel for en samtykkeordning?*

Gjennomgangen over har forutsatt at sektormyndigheten etter den aktuelle loven virkelig har hjemmel til å gi eller nekte samtykke, eller forutsetter at sektormyndigheten skal uttale seg før byggetillatelsen gis. Dette må det tas stilling til gjennom fortolkning av den aktuelle sektorloven.

As byggesøknad ble forelagt for områdestyret for Troms reinbeiteområde. Områdestyret gikk imot søknaden under henvisning til at en oppføring av hytte her ville komme «i konflikt med trekk- eller flyttlei for rein». Det ble vist til reindriftsloven 9. juni 1979 nr. 49 § 10 første ledd nr. 4. Bestemmelsen lyder slik:

«Retten til opphold med rein og til ferdsel, flytting og flyttleier har følgende innhold:

1. ...

4. adgang til fritt og uhindret å drive og forflytte rein i de deler av reinbeiteområdet hvor reinen lovlig kan ferdes og adgang til flytting med rein etter tradisjonelle flyttleier. Med til flyttleier regnes også faste inn- og avlastingsplasser for transport av reinen.

Reindriftens flyttleier må ikke stenges, men Kongen kan samtykke i omlegging av flyttleier og i åpning av nye flyttleier når berettigede interesser gir grunn til det. Eventuell skade som følge av omlegging av flyttleier eller åpning av ny flyttleier erstattes etter skjønn ved jordskifteretten, hvis enighet ikke oppnås. Kongen kan bestemme at også fastleggingen i detalj av den nye flyttleier skal overlates til skjønnnet.»

Områdestyret la til grunn at styrets syn var å anse som et enkeltvedtak, som kunne påklages. A påklaget imidlertid ikke områdestyrets syn. Grunnen til dette fremgår ikke av sakens dokumenter.

Spørsmålet om reindrifftsloven § 10 nr. 4 må forstås slik at byggetiltak som kan ha konsekvenser for reindrifften, er avhengig av reindrifftsmyndighetenes samtykke, er ikke undersøkt nærmere herfra. Heller ikke i min uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2003 s. 260 fant jeg grunnlag for å gå nærmere inn på spørsmålet om reindrifftsmyndighetene hadde rettslig adgang til å avslå tiltaket med hjemmel i reindrifftsloven. Dette er uansett et spørsmål som må avgjøres etter reindrifftsloven, og kan som det fremgår av fremstillingen ovenfor, ikke være til hinder for at rammetillatelse blir gitt etter plan- og bygningsloven.

Et poeng for klageren har vært at reindrifftsloven § 10 nr. 4 uttrykkelig bare forbyr «stenging» av flyttleier, og at det således kan være usikkert om et tiltak som kommer «i konflikt» med flyttleier for rein, men som altså ikke stenger den, gir reindrifftsmyndighetene hjemmel for å avslå å gi samtykke til tiltaket. Et annet forhold som har vært trukket frem, er at det var områdestyret som vedtok å gå i mot oppføring av hytta. Jeg har her merket meg at noe slikt ikke er nevnt som en oppgave for områdestyret i Landbruksdepartementets instruks vedrørende områdestyrets oppnevning og virksomhet 24. januar 1997 § 10. Saken har avdekket en uheldig uklarhet med hensyn til om reindrifftsmyndighetene har myndighet til å nekte å samtykke i byggetiltak som berører reindrifftsinteresser, hvor omfattende denne i tilfelle er, og hvilket organ som har den personelle kompetansen. Jeg har funnet det riktig ta disse spørsmålene opp med Landbruks- og matdepartementet av eget tiltak.

### 3.5 Avslutning og konklusjon

Det må legges til grunn at fylkesmannen i dette tilfellet ikke kunne gi igangsettingstillatelse til oppføringen av hytta. Jeg kan derimot ikke se at det var rettslig grunnlag for å avslå også å gi rammetillatelse

på det grunnlag at reindrifftsmyndighetene gikk imot søknaden.

Fylkesmannen bes derfor om å behandle saken en gang til. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av fylkesmannens fornyede behandling.»

## B. Saksnummer 2007/622: Fylkesmannens fornyede behandling og ny uttalelse fra ombudsmannen

Byggesaken ble tatt under ny behandling av fylkesmannen i Troms. I brev 2. mars 2007 konkluderte han med at det ikke var grunnlag for å omgjøre det vedtaket som var fattet. Det ble særlig vist til et brev fra Kommunal- og regionaldepartementet 21. februar 2007 til fylkesmannen i anledning saken. Fylkesmannen pekte på at det var søkt om og innvilget en byggetillatelse i ett trinn, og at bygningsmyndighetene ikke hadde plikt til å dele opp søknaden/vedtaket i flere trinn.

Departementets brev og fylkesmannens etterfølgende vurdering av saken gjorde det nødvendig for meg å forfølge videre enkelte spørsmål om forståelsen av plan- og bygningsloven. Spørsmålene ble forelagt Kommunal- og regionaldepartementet i brev 20. april 2004. Departementet svarte i brev 18. mai 2007.

Jeg ga deretter en avsluttende uttalelse.

### Fra uttalelsen gjengis:

«2. *Bygningsmyndighetenes rett eller plikt til å splitte opp behandlingen i en rammetillatelse og en igangsettingstillatelse*

#### 2.1 *Utgangspunkter*

I brevet til fylkesmannen 21. februar 2007 konkluderte departementet slik:

«Vi er altså tvilende til om det er lovgrunnlag for en plikt for kommunen eller klageinstansen til å splitte opp en omsøkt eller gitt tillatelse. Videre finner vi uansett en slik forståelse av reglene i beste fall uhensiktsmessig og prinsipielt uheldig.»

I begrunnelsen ble det tatt utgangspunkt i at det ikke kan anses treffende å karakterisere en byggetillatelse som et «samlevedtak» av tenkte rammetillatelse(r) og igangsettingstillatelse. Synspunktet er utdypet slik i redegjørelsen hit 18. mai 2007:

«[En] sak behandlet i ett trinn vil gjelde hele tiltaket, og det vil i mange tilfeller være vanskelig å identifisere hvilke forhold som gjelder ramme- eller igangsettingstillatelse. Tillatelsen er gitt for det det er søkt om, og søknaden trekker slik sett rammene for tillatelsen. For enkle byggesaker vil det kunne være ukomplisert å trekke et skille mellom ytre og indre rammer i tiltaket. For større tiltak vil imidlertid grensdragningen være svært vanskelig, og må baseres på hvilke søknader som

er innsendt. Ut fra dette kan man ikke anse en ettrinns tillatelse som oppdelbar i en ramme- og en igangsettingstillatelse.»

Jeg er enig i at en byggetillatelse som er behandlet i ett trinn, både materielt sett og behandlingsmessig fremstår som én enhet - dvs. ett vedtak - og ikke som en samling av ulike «undervedtak». Ytterligere tillatelser etter plan- og bygningsloven er ikke påkrevd, og tiltakshaver kan igangsette arbeidet. Hvilket tiltak det er tale om, og hva det nærmere er gitt tillatelse til, må avgjøres ved en sammenstilling av tillatelsen og hva det faktisk er søkt om. Dette synspunktet er også lagt til grunn i min uttalelse i sak 06/525.

Noe forskjellig fra spørsmålet om hva det er søkt om, er spørsmålet om behandlingsform. En søknad om tiltak som etter plbl. § 93 er søknadspliktig, behandles normalt i ett trinn. Søknadsbehandlingen kan imidlertid undergis *trinnsvis behandling*, jf. plbl. § 95a. Søknaden vil da behandles først med sikte på å oppnå *rammetillatelse* (fase 1), og dersom en slik gis, med sikte på å oppnå *igangsettingstillatelse* (fase 2). Det antas at det - bortsett fra «særlige tilfeller» - ikke er anledning til å dele fase 1 ytterligere, se O.J. Pedersen: Plan- og bygningsrett s. 82 med videre henvisninger. Derimot antas det at fase 2 kan deles opp slik at det kan gis igangsettingstillatelse til ulike tiltak som graving, sprengning etc.

Spørsmålet som er reist, er om bygningsmyndighetene av eget tiltak kan velge trinnsvis behandling, eller om slik behandling forutsetter at det uttrykkelig er søkt om det.

## 2.2 Behandlingen i kommunen som første instans

Bakgrunnen for problemstillingen er som antydnet ovenfor at jeg i min uttalelse i sak 06/525 kom til at fylkesmannen som klageinstans måtte kunne gi *rammetillatelse* til tiltaket, ettersom den feilen som forelå, bare var til hinder for å gi *igangsettingstillatelse*. I brev 21. februar 2007 til Fylkesmannen i Troms ga departementet uttrykk for tvil med hensyn til om det er lovgrunnlag for en plikt for kommunen eller klageinstansen til å splitte opp «en omsøkt eller gitt tillatelse». Departementet har på forespørsel herfra ytterligere utdypet sitt syn. Det heter i brevet:

«Det er etter departementets klare oppfatning et grunnleggende premiss i byggesaker at bygningsmyndighetene ikke kan dele opp behandlingen av en sak uten etter søknad om delt prosess fra tiltakshaver. Hvis tillatelse i ett trinn allerede er gitt, må tiltakshaver henvende seg til kommunen med en søknad om oppdeling. Grunnen til en slik forståelse av regelverket er for det første at søknadene danner grunnlag for henholdsvis ramme- og igangsettingstillatelser, jf. ovenfor. For øvrig er det et sentralt poeng at en oppdeling av en tillatelse både kunne innebære forsinkelser og økte kostnader i form av gebyrer. Også ut fra dette legger departementet til grunn at en oppdeling som en altoverveiende hovedregel bør skje på tiltakshavers initiativ.»

Departementet synes her å behandle både spørsmålet om det er anledning til å splitte en tillatelse som allerede er gitt og om det er anledning til å splitte saksbehandlingen frem til det er gitt en tillatelse. Dette er to ulike spørsmål, og det kan være grunn til å holde dem fra hverandre.

Jeg forstår departementets syn slik at det i utgangspunktet må være opp til tiltakshaver om han ønsker en byggesaksbehandling i ett trinn, eller trinnsvis behandling av den. Dette er jeg uten videre enig i. Behandlingen av en søknad om tillatelse etter plbl. § 93 må naturlig nok skje med utgangspunkt i det søknaden faktisk gjelder. Når det er søkt om en byggetillatelse som gir umiddelbar rett til å starte arbeidene, kan ikke myndighetene uten videre avspise søkeren med en rammetillatelse som ikke gir en slik umiddelbar rett.

Adgangen til å dele opp byggesøknaden er ment som et tilbud til og dermed en valgtrett for tiltakshaver, som særlig kan være aktuelt der det er snakk om kompliserte og sammensatte prosjekter, se nærmere O.J. Pedersen: Plan- og bygningsrett, s. 81 og de henvisningene til lovforarbeidene som er inntatt i departementets redegjørelse hit. I slike tilfeller vil tiltakshaver kunne være tjent med å oppnå en prinsippavklaring av prosjektet før han eventuelt går videre med enkelthetene i det. Under enhver omstendighet kan valg av behandlingsform bero på forhold som kommunen ikke uten videre bør overprøve. Som departementet skriver i sitt brev hit, kan gebyrer, kompleksiteten i saken og forventet saksbehandlingstid for den aktuelle søknaden være forhold som påvirker tiltakshavers valg av behandlingsform.

Det kan imidlertid forekomme at det under behandlingen av en byggesøknad i ett trinn viser seg at det foreligger forhold som er til hinder for å gi byggetillatelse, samtidig som forholdet ikke ville vært til hinder for å gi rammetillatelse dersom det hadde vært søkt trinnsvis. Bestemmelsen i plbl. § 95 nr. 1 i.f. om at kommunen «kan» gi rammetillatelse dersom tiltaket er betinget av at sektormyndighetens syn foreligger, synes å være myntet på nettopp denne situasjonen. Denne adgangen er ikke knyttet til en forutsetning om trinnsvis søknadsbehandling. Tvert imot er bestemmelsen av begrenset betydning der det bare er søkt om *rammetillatelse*.

Departementet viser i redegjørelsen hit 18. mai 2007 til en departementsuttalelse i en annen sak (uttalelse 22. november 2005 i sak nr. 05/3620). Departementet skriver bl.a.:

«Ved siden av å forutsette at søker i utgangspunktet velger samlet eller delt prosess, åpnes det for at kommunen kan kreve oppdeling. Det forutsettes da at kommunen krever søknad, slik at det allikevel er søker som splitter opp tiltaket. ... Ut fra ovennevnte følger det at departementet mener at en gitt tillatelse ikke kan deles opp av bygningsmyndighetene på eget initiativ, heller ikke ved behandling av en klage.»

I uttalelsen 22. november 2005 het det bl.a.:

«Når det gjelder spørsmål om felles byggesøknad for infrastrukturbyggingen (veg, vann og avløp), mener departementet at dette lar seg gjøre, men at søker ikke har krav på dette. Der for eksempel avløpssystemet er ett anlegg, kan derimot søker kreve at dette behandles samlet.

Plan- og bygningsloven (pbl) og forvaltingsloven inneholder ingen definisjon som gir svar på spørsmålet om hvem som avgjør om det kan sendes felles byggesøknad for oppføring av fem identiske bygg. Utgangspunktet er at søker velger hva det skal søkes om, det vil si at søker avgjør hva byggesøknaden skal omfatte. Kommunen må imidlertid i enkelte tilfeller kunne kreve at søker splitter søknaden ved å pålegge søker å sende inn flere søknader. Dette kan skje i tilfeller der reelle hensyn taler for dette, det være seg at grunnforholdene på ulike deler av tomte er forskjellige, at tiltakene er meget ulike, at det er forskjellige søkere på de ulike tiltak, at det er forskjell i de ytre rammer og lignende.»

Departementet tar her opp spørsmålet om hvilke faktiske tiltak som kan tas med i og behandles som én byggesøknad ... . Dette er et noe annet spørsmål enn det som er problemstillingen i vår sak. Henvisningen til uttalelsen synes likevel å vise at departementet er inne på tilsvarende synspunkter som de jeg har anført ovenfor. Departementet konkluderer med at selv om søkeren avgjør hva han vil søke om, må kommunen «i enkelte tilfeller» kunne «kreve» at søkeren splitter opp søknaden. Jeg forstår dette på den måten at en slik oppsplitting kan innebære at tiltakshaver må nøye seg med å søke om rammetillatelse.

Forskjellen fra det syn som kommer til uttrykk i min uttalelse synes primært å være at departementet legger avgjørende vekt på at kommunen kan kreve at søker splitter opp tiltaket, slik at oppsplittingen dermed formelt sett skjer på tiltakshavers initiativ.

Et krav om at søkeren sender inn en ny søknad kan nok være på sin plass i saker der det er nødvendig for å skape tilstrekkelig klarhet. Det fremstår imidlertid etter min mening som formalistisk om myndighetene i alle tilfeller skal være avhengig av en slik fremgangsmåte. Jeg er naturlig nok helt enig med departementet i at kommunen ikke på eget initiativ og uten å spørre søkeren bør splitte opp behandlingen når det er søkt om byggetillatelse i ett trinn. Kommunen bør avklare hva søkeren ønsker, og kan neppe gi rammetillatelse mot søkerens uttrykkelige ønske. Dette følger både av prinsippet om god forvaltningsskikk og den omstendighet at det er søknaden som danner rammen for hva forvaltningen skal kunne gi tillatelse til. Likevel er det etter mitt skjønn viktig å holde fast ved at pbl. § 95 gir en selvstendig hjemmel for bygningsmyndighetene. Det er opp til den bygningsmyndighet som behandler saken å avgjøre om hjemmelen i loven skal benyttes eller ikke. Her som ellers i forvaltningsretten er saksbehandlingen og rettsanvendelsen et myndighetsansvar. I praksis vil dette si at kommunen etter forholdene vil ha et selvstendig ansvar for å vurdere

spørsmålet om oppsplitting og ta det opp med søkeren. Sier søkeren seg interessert i en slik behandling, og myndighetene konkluderer med at lovens vilkår er til stede, må de kunne gi rammetillatelse uten at det er nødvendig med noen ny søknad.

Min konklusjon er med andre ord at normalsituasjonen vil være at rammetillatelse bare kan gis der det uttrykkelig er søkt om det - jf. pbl. § 94 nr. 1 annet ledd, men at § 95 nr. 1 i de tilfellene som der er nevnt, gir kommunen en selvstendig hjemmel for å splitte opp behandlingen. Slik oppsplitting skal ikke skje uten at søkeren er kontaktet og [har] tilkjennegitt at han ønsker rammetillatelse. Jeg ser det slik at den praktiske forskjellen mellom mitt og departementets syn ikke er stor, men at det prinsipielt er viktig å holde fast ved at det er myndighetene som har ansvaret for saksbehandlingen, herunder anvendelsen av pbl. § 95.

### 2.3 Behandlingen i klagesak

Departementet gir i sitt brev 18. mai 2007 hit uttrykk for at en gitt tillatelse heller ikke ved behandling av en klage kan deles opp av bygningsmyndighetene. Dette var problemstillingen i ombudsmannssak 06/525. For enkelthets skyld behandles i det følgende bare den situasjon at kommunen har gitt en byggetillatelse som er påklaget, og at det først under klageinstansens - fylkesmannens - behandling av saken viser seg at vilkårene for å gi byggetillatelsen, ikke forelå.

Rammen for det klageinstansen skal prøve er regulert i fvl. § 34. Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at klageinstansen kan prøve «alle sider av saken». Det er således uten betydning for klageinstansens myndighet til å prøve klagen om den knytter seg til forhold som ved trinnvis behandling ville vært behandlet i «rammefasen» eller «igangsettingsfasen». I praksis vil imidlertid prøvingen av kommunens vedtak skje med fokus på de anførselene som er fremsatt i klagen.

Dersom fylkesmannen kommer til at vilkårene for å gi byggetillatelsen er oppfylt, stadfester han kommunens vedtak. Kommer fylkesmannen på den annen side til at et eller flere av vilkårene for å gi byggetillatelsen ikke foreligger, må det tas stilling til hvilke følger dette skal få. Herunder må fylkesmannen ta stilling til hvor langt den aktuelle feilen rekker.

Dersom fylkesmannen kommer til at de feilene som hefter ved kommunens vedtak er slike at det overhodet ikke var hjemmel for å gi den omsøkte byggetillatelsen, må fylkesmannen omgjøre kommunens vedtak og avslå byggesøknaden (eller eventuelt hjemvise saken til ny behandling dersom det er grunnlag for det, jf. fvl. § 34 fjerde ledd).

Situasjonen kan også være den at det foreligger forhold som er til hinder for at byggesøknaden kan tas til følge fullt ut, samtidig som det ikke er noe rettslig i veien for at det gis en mindre byggetillatel-



se enn omsøkt. Det er eksempelvis søkt om oppføring av et hus med garasje, og fylkesmannen kommer til at oppføring av garasjen vil være i strid med plan. I et slikt tilfelle kan fylkesmannen ta klagen delvis til følge og gi en byggetillatelse, om enn en mindre omfangsrik tillatelse enn det søker ønsket.

Videre kan situasjonen være den at feilen som hefter ved kommunens vedtak er av en slik karakter at den ikke ville vært til hinder for å gi rammetillatelse, samtidig som den ville vært til hinder for å gi igangsettingstillatelse. Hvis fylkesmannen i en slik situasjon velger å treffe nytt realitetsvedtak, kan jeg vanskelig se noe prinsipielt i veien for at fylkesmannen må kunne gi rammetillatelse, selv om det i og for seg bare var søkt om byggetillatelse i ett trinn. Et slikt synspunkt synes å harmonere godt med prinsippet om at feil som forvaltningen har begått, bare kommer i betraktning så langt det har virket bestemmende for det vedtaket som er fattet.

Det er imidlertid grunn til å understreke at de samme begrensninger vil gjelde for fylkesmannens behandling som for førsteinstansbehandlingen i kommunen, jf. fremstillingen ovenfor. Fortsatt er det søknaden som danner rammen for hva myndighetene kan gi tillatelse til, og fylkesmannen kan like lite som kommunen gi rammetillatelse mot søkerens uttalte vilje. I praksis vil det derfor ofte være riktigst at fylkesmannen hjemviser saken til ny behandling i kommunen, slik at man der kan foreta de avklaringer som er nødvendige.

### 3. Forholdet til sektormyndighet

#### 3.1 Forholdet mellom sektormyndighetens syn og bygningsmyndighetens vedtak

Problemstillingen som behandles her er hvilken betydning sektormyndighetens syn har for innholdet av det vedtaket som bygningsmyndighetene (kommunen eller fylkesmannen som klageinstans) skal fatte. Det forutsettes i det følgende at sektormyndigheten er negativ til tiltaket, hva enten dette fremgår ved at sektormyndigheten avslår å gi en nødvendig tillatelse eller samtykke, eller ved at sektormyndigheten avgir en negativ uttalelse om tiltaket.

Departementet fremholder i sitt brev hit at det er «sikker rett at det bare er regler gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven som gir hjemmel for avslag på søknad om byggetillatelse». Dette er jeg uten videre enig i. Om en bestemt søknad kan tas til følge, vil blant annet bero på hva slags tillatelse det er søkt om, hva sektormyndighetens syn går ut på og om sektormyndigheten skal treffe et vedtak eller bare avgis en uttalelse.

Det forekommer at plan- og bygningsloven selv tillegger sektormyndighetens syn avgjørende betydning, se for eksempel plbl. § 66 nr. 1 om betydningen av vegmyndighetenes godkjenning av avkjøring fra offentlig veg. I dette tilfellet følger det av plan- og bygningsloven selv at sektormyndighetens nega-

tive syn på tiltaket fører til at byggesøknaden må avslås.

Situasjonen er annerledes dersom sektormyndigheten etter plan- og bygningsloven eller sektorloven bare skal avgis en *uttalelse*. Det er neppe tvilsomt at en slik uttalelse er relevant ved avgjørelsen av en byggesak, hva enten det gjelder en byggetillatelse i ett trinn, rammetillatelse eller igangsettingstillatelse. Plan- og bygningsloven gir imidlertid ingen anvisning på hvilken vekt en innhentet uttalelse skal tillegges, og vurderingen kan undertiden by på vanskelige avveininger. Spørsmålet må trolig vurderes nok så konkret i den enkelte sak.

Dersom sektormyndigheten er ment å treffe et vedtak eller å gi et samtykke, følger det av plbl. § 95a nr. 2 (jf. også § 95 nr. 1 annet ledd i.f.) at *igangsettingstillatelse* ikke kan gis. Forholdet til sektormyndigheten kan ikke sies å være ordnet når sektormyndigheten ikke har samtykket eller har avslått å gi nødvendig tillatelse til tiltaket. Søkes det i et slikt tilfelle om igangsettingstillatelse, må denne søknaden således avslås.

Saken må i utgangspunktet stille seg likt der det er søkt om byggetillatelse *i ett trinn*. Her vil ikke (alle) vilkår for å ta søknaden til følge være oppfylt. I denne situasjonen kan det, slik det fremgår av fremstillingen foran, imidlertid oppstå spørsmål om kommunen har rett eller plikt til å dele opp behandlingen av byggesøknaden i flere trinn. Hvis byggesaksbehandlingen på denne måten deles i flere trinn, må sektormyndighetens syn tillegges samme virkning som dersom det allerede fra starten var søkt om byggetillatelse i flere trinn. Dersom plan- og bygningslovens vilkår for øvrig er oppfylt, avskjærer det således ikke adgangen til å gi *rammetillatelse* at sektormyndigheten har avslått å gi samtykke, jf. plbl. § 95 nr. 1 annet ledd i.f.. Denne løsningen er for øvrig også lagt til grunn i juridisk teori, se O.J. Pedersen: Plan- og bygningsrett, s. 166. Det heter der med henvisning til lovens § 95 slik den var redigert den gangen:

«Hvis det omsøkte tiltak er i samsvar med plan- og bygningslovgivningen, ville det være i strid med plbl § 95 nr. 2 å avslå søknaden. Bygningsmyndighetene må derfor i et slikt tilfelle gi betinget tillatelse med uttrykkelig forbehold om at arbeidene ikke må påbegynnes før forholdet til sektormyndigheten er brakt i orden.»

#### 3.2 Forholdet mellom sektormyndighetens syn og bygningsmyndighetens saksbehandling

Dersom det omsøkte tiltaket er «betinget av» sektormyndighetens tillatelse/samtykke eller dersom planer for dette «skal legges frem» for sektormyndigheten, er den viktigste konsekvensen for kommunens *saksbehandling* at plikten til å realitetsavgjøre saken *suspenderes* inntil sektormyndighetens syn er avklart. Plikten til å suspendere realitetsavgjørelsen av byggesaken må anses som kjernen i den koordine-

ringsoppgaven loven legger på kommunen. Selv om bygningsmyndighetene i stor utstrekning ikke vil være bundet av sektormyndighetens syn, skal kommunen ha hatt mulighet til å ta sektormyndighetens syn *i betraktning* når den treffer vedtak i byggesaken.

Så lenge sektormyndighetens syn er uavklart, kan kommunen la saken ligge uavgjort. Kommunen plikter imidlertid å fortsette behandlingen av saken etter *plan- og bygningsloven*. At kommunen kan avvenne sektormyndighetens syn før den realitetsavgjør saken, griper således ikke inn i plikten etter plbl. § 95 nr. 1 første ledd til å *behandle* saken så snart som mulig, jf. O.J. Pedersen m.fl.: *Plan- og bygningsrett* s. 165, og min uttalelse inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 260-262 (Somb 2003-82).

Plan- og bygningsloven § 95 avklarer ikke hvem det er som har ansvaret for å innhente sektormyndighetens syn. Siden plikten til å realitetsavgjøre saken ikke gjeninntre før sektormyndighetens syn er fremskaffet, er det i tiltakshavers interesse å ordne dette så snart som mulig. Loven bestemmer imidlertid at kommunen *selv* plikter å innhente sektormyndighetens syn fra visse særskilt oppregnede og praktisk viktige forvaltningsorganer, jf. plbl. § 95 nr. 3. Kommunen har mao. aktivitetsplikt i forhold til nødvendige tillatelser (samtykker, uttalelser) fra slike sektormyndigheter, som på sin side må avklare sitt syn innen bestemte tidsfrister.

Som alternativ til å la saken ligge uavgjort inntil sektormyndighetens syn er avklart, åpner loven for at kommunen i stedet gir en *rammetillatelse* «innenfor sitt myndighetsområde», jf. plbl. § 95 nr. 1 annet ledd i.f. En slik rammetillatelse kan imidlertid bare gis med forbehold om at *igangsettingstillatelse* ikke kan gis før forholdet til sektormyndigheten er avklart.

Når sektormyndighetens syn er avklart, gjeninntre kommunens plikt til å realitetsavgjøre søknaden, jf. plbl. § 95 nr. 1 annet ledd motsetningsvis og O.J. Pedersen m.fl.: *Plan- og bygningsrett*, s. 166. Denne plikten er uavhengig av om sektormyndigheten har truffet et vedtak i saken, eller bare har gitt en uttalelse og er også uavhengig av om vedtaket/uttalelsen er positiv til tiltaket. Hvilken betydning sektormyndighetens syn har på utfallet av byggesøknaden, har jeg gjort rede for ovenfor.

### 3.3 Kan byggesøknaden avvises dersom sektormyndigheten stiller seg negativ til tiltaket?

I departementets brev 21. februar 2007 til Fylkesmannen i Troms, het det at «kommunen må kunne avvise byggesaken» når avslag fra andre myndigheter foreligger, og «det er klart at tiltaket ikke kan realiseres». Departementet utdypet sitt syn i brevet 18. mai 2007 hit og presiserte blant annet at «denne løsningen kun bør velges i helt klare tilfeller».

Jeg er i tvil om jeg helt ut kan følge departementets oppfatning. Etter loven har sektormyndighetens syn avgjørende vekt først når det er spørsmål om å gi *igangsettingstillatelse* eller endelig byggetillatelse. Loven gir videre adgang til å realitetsbehandle søknaden og sågar gi rammetillatelse på et tidspunkt der sektormyndighetens syn ennå ikke er kjent. Dette samtidig med at det også etter departementets mening er sikker rett at et negativt syn fra sektormyndighetens side ikke kan være avslagsgrunn for bygningsmyndighetenes vedtak (se nærmere nedenfor). Det synes derfor å harmonere dårlig med lovens system dersom det i tillegg skulle foreligge en ulovfestet adgang til å *avvise* byggesøknaden.

Det kan likevel neppe helt utelukkes at det kan forekomme tilfeller der forholdet til sektorlovgivning er slik at tillatelse nødvendigvis ikke vil bli gitt, og at selv behandlingen av byggesøknaden med sikte på å oppnå en rammetillatelse dermed vil være fullstendig uten mening. Et eksempel kunne være søknad om byggetillatelse på grunn som er vernet som nasjonalpark med strenge vernebestemmelser (jf. naturvernloven 19. juni 1970 nr. 63 § 3). Her vil så vel hensynet til tiltakshaver som hensynet til bygningsmyndighetene selv kunne tilsi at det ikke brukes tid på behandlingen. Da spørsmålet ikke synes aktuelt i den konkrete byggesaken som danner grunnlaget for uttalelsen her, går jeg ikke nærmere inn på problemstillingen.

### 3.4 Kan bygningsmyndigheten prøve sektormyndighetens syn?

Jeg antar at det normalt vil være klart hvilke tiltak som er «betinget» av sektormyndighetens tillatelse/samtykke. Det samme gjelder hvilken oppgave sektormyndigheten har. Et spørsmål som imidlertid er reist i saken, og som departementet uttaler seg om, er hvorvidt det er sektormyndigheten selv eller bygningsmyndighetene som med endelig virkning avgjør spørsmålet, dersom det skulle vise seg at sektormyndigheten og bygningsmyndighetene er uenige om hvilken rolle sektormyndigheten er tiltenkt.

Departementet anfører i brevet hit 18. mai 2007:

«Etter Kommunal- og regionaldepartementets mening skal ikke kommunen som plan- og bygningsmyndighet overprøve sektormyndighetens vurdering i et slikt tilfelle. Det følger av sektorloven selv hvilke forhold som reguleres, og på hvilken måte dette skjer, og sektormyndigheten vil ha bedre kompetanse enn de kommunale plan- og bygningsmyndighetene til å foreta vurderingen. Det kan bli uforholdsmessig ressurskrevende for kommunen å foreta vurderingen. Videre vil mulighet for kommunen til å foreta en selvstendig vurdering innebære at beslutningen etter sektorloven kan prøves flere ganger, noe som ville gi et uoversikkelig og ressurskrevende system.»

Jeg har i utgangspunktet ikke innvendinger mot det departementet her skriver. Sektormyndigheten

vil gjennomgående ha bedre forutsetninger enn bygningsmyndighetene til å kjenne den loven de er satt til å forvalte. Spørsmålet om sektormyndigheten virkelig har den kompetansen den pretenderer å ha, er dessuten noe som kan overprøves gjennom en klage. Som den store hovedregel vil det derfor være riktig av bygningsmyndighetene å legge til grunn sektormyndighetens syn på hvilken kompetanse denne myndigheten har etter egen lovgivning. Det er likevel viktig å holde fast ved at spørsmålet om kommunen må suspendere realitetsavgjørelsen av byggesaken, prinsipielt er et spørsmål om anvendelse av plan- og bygningsloven, som det i siste instans er bygningsmyndighetene som er ansvarlig for. Med dette ansvaret følger det en plikt til å prøve om lovens vilkår er til stede, og gi søkeren de tillatelser han måtte ha krav på. Dersom bygningsmyndighetene ser at et forbud eller en negativ uttalelse beror på en misoppfatning fra sektororganets side, må de ha en plikt til å si fra, slik at saken kan få en riktig løsning.»

### C. Sak 2007/62: Forståelsen av reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4

Spørsmålet om reindriftsloven av 1978 § 10 nr. 4 ga anvisning på en samtykkeregulering, ble tatt opp med Landbruks- og matdepartementet i brev 5. februar 2007. Henvendelsen ble besvart 13. mars 2007.

#### I den avsluttende uttalelsen skrev jeg om dette:

«4. Er reindriftsloven § 10 nr. 4 en samtykkeregulering?»

Sentralt i den forvaltningssaken som ombudsmannsak 06/525 gjaldt, var spørsmålet om reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 ga reindriftsmyndighetene adgang til å gå imot et byggetiltak, dersom disse myndighetene mener at tiltaket kommer i konflikt med trekk- og flyttlei for rein. Forståelsen av reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 ble imidlertid ikke undersøkt herfra.

Reindriftsloven § 10 nr. 4 lød slik:

«Retten til opphold med rein og til ferdsel, flytting og flyttleier har følgende innhold:

... 4. adgang til fritt og uhindret å drive og forflytte rein i de deler av reinbeiteområdet hvor reinen lovlig kan ferdes og adgang til flytting med rein etter tradisjonelle flyttleier. Med til flyttlei regnes også faste inn- og avlastingsplasser for transport av reinen.

Reindriftens flyttleier må ikke stenges, men Kongen kan samtykke i omlegging av flyttlei og i åpning av nye flyttleier når berettigede interesser gir grunn til det. Eventuell skade som følge av omlegging av flyttlei eller åpning av ny flyttlei erstattes etter skjønn ved jordskifteretten, hvis enighet ikke oppnås. Kongen kan bestemme at også fastleggningen i detalj av den nye flyttlei skal overlates til skjønn.»

Bestemmelsen anga - sammen med de øvrige bestemmelsene i reindriftsloven 1978 kapittel III - *innholdet* i reindriftsretten. Bestemmelsene synes i første rekke å regulere forholdet mellom flere utøvere av reindrift og forholdet mellom reindriftsutøveren og grunneier.

Reindriftsloven 1978 er nå avløst av reindriftsloven 15. juni 2007 nr. 40. Loven trådte i kraft 1. juli i år. De punktene i reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 som er vesentlige for denne saken, er nå videreført i reindriftsloven § 22. Etter Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 59, er § 22 ment som en videreføring av reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4. For enkelthets skyld, og siden spørsmålet som ble forelagt departementet bare gjaldt reindriftsloven 1978, behandler jeg i det følgende bare bestemmelsene i reindriftsloven 1978 uten å ta stilling til om løsningen må bli den samme etter någjeldende lov.

Landbruks- og matdepartementet fremholder i sitt brev hit at dersom det «foreligger ... en tradisjonell flyttvei brukt gjennom generasjoner, vil situasjonen normalt være den at det er etablert en rett som nyter et vern på linje med andre rettigheter av privatrettslig karakter», og som «vil ha et vern som går utover det som i og for seg følger av reindriftslovens regler». Departementet fremholder videre at reindriftsmyndighetene på denne bakgrunn «ikke ... uten videre [har adgang til] å gi tillatelse til stengning av en flyttlei, idet dette vil innebære inngrep i private rettigheter», og at stengning dermed som utgangspunkt vil forutsette at vilkårene for ekspropriasjon foreligger.

Jeg har ikke innvendinger mot departementets syn her. Det er samtidig grunn til å påpeke at spørsmålet om det er etablert en privatrettslig vernet tradisjonell flyttlei, også avhenger av om det foreligger privatrettslige rettigheter som eiendomsrett og bruksrettigheter som konkurrerer med retten til å benytte flyttleien. Like lite som reindriftsmyndighetene kan gripe inn i retten til å benytte en tradisjonell flyttlei for rein, kan reindriftsmyndighetene gripe inn i eiendoms- og bruksrettigheter til fordel for reindriften. Slike spørsmål må således få sin avklaring gjennom domstolene.

Bestemmelsen gir videre anvisning på at reindriftens flyttleier ikke må stenges.

Selv om flyttleier ikke må stenges, åpner § 10 fjerde ledd for at Kongen kan samtykke i omlegging av eksisterende og i åpning av nye flyttleier. Departementet fremholder i brevet hit at den adgangen loven her gir, «på sett og vis er av ekspropriasjonsrettslig karakter». Jeg forstår det sentrale i bestemmelsen slik at selv om det er etablert en privatrettslig vernet flyttlei for reindriften, har myndighetene likevel adgang til å beslutte en omlegging eller nyetablering mot at den som lider tap som følge av vedtaket, gis kompensasjon for dette.

Reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 kan således sies å verne reindriftsutøvernes materielle rett til å benytte flyttleiene. Bestemmelsen er viktig ikke bare i næ-

ringssammenheng, men også som en beskyttelse av den samiske kultur. Norske myndigheter har som kjent et særlig ansvar for å sikre den samiske kultur og samefolkets rettigheter som urbefolkning. Kravet på beskyttelse følger dels av GrL § 110 a, dels av internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Reindrifftsloven § 1 har en uttrykkelig henvisning til disse bestemmelsene. Av særlig betydning er ILO-konvensjon nr. 169 om «urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater». Konvensjonens artikkel 4 pålegger myndighetene å treffe «særlige tiltak» for «å sikre enkeltpersoner fra vedkommende folk og deres institusjoner, eiendom, arbeid, kultur og miljø». Bestemmelsen verner med andre ord ikke bare urbefolkningen som gruppe, men også det enkelte individ. Det er også grunn til å nevne konvensjonens artikkel 8 som foreskriver at det ved anvendelsen av nasjonale lover og forskrifter skal tas «tilbørlig hensyn» til folkets «sedvaner og sedvanerett». Det daværende Landbruksdepartement har i rundskriv M 12-2000 om arealbruk og byggetiltak i reinbeiteområde karakterisert reindrifften som «en viktig samisk næring» og en «tradisjonsrik og særpreget del av den samiske kultur». Mer treffende vil det vel være å si at en bærekraftig reindriftnæring er en forutsetning for at den samiske kulturen skal kunne opprettholdes i sin tradisjonelle form. Skal norske myndigheter kunne oppfylle sine internasjonale forpliktelser, forutsetter det at vernet om denne kulturen blir gjort effektivt.

Plikten til å respektere og håndheve forpliktelsene overfor det samiske folk påhviler ikke bare reindrifftsmyndighetene, men også andre myndigheter, herunder plan- og bygningsmyndighetene. Etter forholdene må det kreves at bygningsmyndighetene innhenter uttalelse fra reindrifftsmyndighetene dersom det er grunn til å anta at saken reiser spørsmål i forhold til reindrifften. Departementet fremholder i brevet hit at:

«[r]eindrifftsmyndighetene (områdestyret som fagorgan) forutsettes i [byggesaker] å avgi uttalelse om hvorvidt det eksisterer en flyttlei og i så fall om tiltaket kan føre til at flyttleia blir stengt».

Dette er jeg enig i. Det er likevel ikke slik at reindrifftslovens bestemmelse krever et uttrykkelig samtykke fra reindrifftsmyndighetene i alle byggesaker som berører spørsmål av betydning for reindrifften. Jeg er således enig med departementet når det i brevet fremholder at «reindrifftsloven § 10 nr. 4 annet ledd ikke gir grunnlag for noen samtykkeordning i byggesaker utover det som følger av bestemmelsen om omlegging/åpning av ny flyttlei».

Selv om jeg er enig i departementets bemerkninger, er det grunn til å tilføye at «forutsetningen» som departementet viser til, er vanskelig å lese inn i reindrifftsloven § 10 nr. 4 og heller ikke fremgår av lovens § 7 (se nå reindrifftsloven § 72). Derimot er Kongen (Landbruksdepartementet etter delegasjons-

vedtak 22. juni 1979 nr. 3372) gitt fullmakt til å gi «nærmere bestemmelser om områdestyrenes gjøremål og myndighet ut over det som følger direkte av loven». Landbruksdepartementets instruks 24. januar 1997 vedrørende områdestyrets oppnevning og virksomhet § 10 gir anvisning på områdestyrets oppgaver som er gitt i eller med hjemmel i reindrifftsloven. Til slutt heter det i oppregningen at områdestyret skal gi «uttalelser og være innsigelsesmyndighet i saker etter plan- og bygningsloven».

Å avgi uttalelser i byggesaker er en oppgave som ligger litt på siden av de øvrige oppgavene områdestyret etter instruksjonen har. Jeg nevner for ordens skyld at omtalen av områdestyrets oppgaver som er gitt i NOU 2001:35 Forslag til endringer i reindrifftsloven s. 64 f., begrenser seg til uttalelser- og innsigelsesrett til *arealplaner*. Selv om hjemmelsgrunnlaget for en uttalerett kunne vært klarere, er det imidlertid neppe tvilsomt at områdestyret er ment å skulle uttale seg også i byggesaker som berører reindrifften, jf. departementets brev 13. mars 2007 hit. På bakgrunn av Norges forpliktelser overfor det samiske folk som jeg har redegjort for ovenfor, er det viktig at uttaleretten blir benyttet over alt hvor hensynet til næringen tilsier det.

Etter mitt skjønn ville det av klarhetshensyn vært ønskelig om reindrifftsmyndighetenes adgang til å uttale seg i byggesaker av betydning for reindriftnæringen (med plikt for bygningsmyndighetene til å suspendere realitetsavgjørelsen av byggesaken inntil reindrifftsmyndighetenes syn er avklart), klart gikk frem av reindrifftsloven, evt. plan- og bygningsloven eller SAK. Det vil være ønskelig om Landbruks- og matdepartementet, eventuelt i samråd med Kommunal- og regionaldepartementet, vurderer dette spørsmålet nærmere.

I korthet er mitt syn at reindrifftsmyndighetene i saker som berører reindrifften skal spørres, men at det neppe kan kreves at myndighetene skal gi samtykke til - eller avslå å samtykke til - et bestemt byggetiltak. Etter det jeg kan se, kan jeg ikke på rettslig grunnlag kritisere det Landbruks- og matdepartementet har anført om dette.»

#### «5. Oppsummering - konklusjon

Grunnlaget for denne undersøkelsen har dels vært min uttalelse 5. januar 2007, dels fylkesmannens beslutning 2. mars 2007 om ikke å omgjøre sitt vedtak 6. mai 2003 og Kommunal- og regionaldepartementets brev 21. februar 2007 til fylkesmannen. Jeg registrerer at departementet og jeg langt på vei har sammenfallende syn på de spørsmål som er reist, men at det også er prinsipielt viktige forskjeller i synet på bygningsmyndighetenes plikter og kompetanse.

Jeg forutsetter nå at Kommunal- og regionaldepartementet på ny vurderer de spørsmål som faller innenfor dette departementets ansvarsområde. Fylkesmannen mottar en kopi av denne uttalelsen, og jeg forutsetter at han vurderer hvilken betydning ut-

talelsen skal få for den aktuelle byggesaken. Dette gjelder både uttalelsens pkt. 2-3 og pkt. 4.

Jeg ber om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen og departementene foretar seg, så vel med hensyn til de generelle spørsmål jeg har tatt opp i denne saken som med hensyn til den konkrete saken som ga opphav til mine undersøkelser.»

## 91.

### Handsaming av klage over fastsetjing av byggesaksgebyr

(Sak 2006/553)

*A hadde fått løyve til å setje opp ei hytte, men bygde hytta større enn løyvet gav høve til. Han blei pålagt å søkje om endringsløyve, som i det vesentlege blei godkjent mot betaling av dobbelt byggesaksgebyr.*

*Ombodsmannen understrekte at byggesaksgebyr - også der tiltaket er ulovleg - skal svare til sjølvkost, og at det ikkje er høve til å leggje på byggesaksgebyret som «straff». Ombodsmannen hadde òg merknader til måten fylkesmannen handsama klagen til A.*

Eg hadde desse merknadene til dei rettslege sidene ved saka:

«Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 andre leden skal klageinstansen «vurdere» grunngjevinga som er gjeve i klagen. Lova krev såleis ikkje at klageinstansen skal gjere greie for sitt syn på alt klagaren har teke opp i klagen. Omsynet til god forvaltningsskikk kan likevel tale for at dette blir gjort, og dei sentrale spørsmåla i klagen skal forvaltningsorganet normalt kommentere.

I klagen til fylkesmannen spurde A om det var rett at byggesaksgebyret hadde stige frå kr 1 625 i 1998 til kr 10 670 i 2005. Det går fram av kommunen sitt saksframlegg at kommunen vurderte spørsmålet til A som eit sjølvstendig klagepunkt. Fylkesmannen skulle ha teke opp dette punktet særskild i klagevedtaket ..., og eg har merka meg at fylkesmannen er samd i dette. Det er ikkje utan vidare rett at det ikkje er høve til å klage på eit vedtak om storleiken på eit byggesaksgebyr. Dette går mellom anna fram av Lovavdelinga si uttale 29. august 1989 som fylkesmannen har vist til, og som nyanserer biletet noko.

Etter det gebyrregulativet som var aktuelt i saka, skulle byggesaksgebyret reknast etter areal. A sin nye søknad gjaldt ei hytte med eit større areal enn det søknaden frå 1998 omhandla. Eg har ingen merknader til at gebyret blei fastsett etter den gebyrklassa som gjaldt for det aktuelle tilleggsarealet. Som òg fylkesmannen peiker på i sitt brev hit, kan det vere grunn til å sjå kritisk på gebyrregulativ der gebyret berre reknast ut frå areal. Gebyr fastsett på denne måten kan lett gå over sjølvkost, og dermed kome i strid med plan- og bygningslova. Her viser eg til mi uttale i ombodsmannssak 2005/1486, som

gjeld høvet til sjølvkostprinsippet som ligg til grunn for gebyrføresegna i plan- og bygningsloven § 109. Det er ikkje heimel for å krevje eit byggesaksgebyr som går over sjølvkost, jamvel om gebyrregulativet isolert sett krev dette.

Ein klage over at eit gebyr er fastsett for høgt, kan ein etter omstenda oppfatte som at gebyret er fastsett høgare enn sjølvkost. I så fall må gebyret vurderast i høve til eventuelle reglar i det aktuelle gebyrregulativet om at føresegna i regulativet kan fråvikast om «særlege tilhøve tilseier det». Det gebyrregulativet som er aktuelt i saka har nett ei slik føresegn.

Det er rett som fylkesmannen seier når han i brevet hit skriv at «kommunen [bør] ta stilling til om vilkåra for nedsett gebyr er til stades» etter den nemnde føresegna sjølv om klagaren ikkje uttrykkelig har kravd dette. Når dette ikkje er gjort, kan det tyde på at spørsmålet ikkje er utgreidd, og då er det gjort ein sakshandsamingsfeil.

Gebyret som blei fastsett for A, var auka med 200 % i høve til vanleg byggesaksgebyr. Dette hadde samanheng med kommunen sin føresetnad om at det var bygd ulovleg. Auka hadde isolert sett heimel i gebyrregulativet pkt. 1.17.

Føresetnaden i plan- og bygningsloven er at byggesaksgebyr ikkje skal gå over sjølvkost. Det gjeld også om det blir søkt i etterkant av ei ulovleg bygging. Byggesaksgebyr kan ikkje nyttast som «straff» for ulovlig bygging. Ulovleg bygging lyt ein hindre gjennom dei andre verkemidla i plan- og bygningsloven, slik som straff, påbod om gjenoppretting og tvangsmulkt. Ei utrekning av byggesaksgebyr i ulovlegtillfella som tek utgangspunkt i ei sjablonmessig auke på 100 % i høve til vanleg gebyr, kan difor lett føre til resultat som strir mot loven. Dette gjeld ikkje mindre når vanleg byggesaksgebyr vert rekna ut mekanisk etter areal, slik som høvet er i saka her. Eg forstår det slik at fylkesmannen er samd i denne vurderinga.

Det går fram av fylkesmannen sitt brev at han meiner at Flora kommune og han har gjort sakshandsamingsfeil. Fylkesmannen skriv deretter:

«Fylkesmannen må handsame ferdig også den delen av klagen som gjeld byggesaksgebyret. Ut i frå det som er nemnd ovanfor, meiner Fylkesmannen det er lite truleg at feilen har virka inn på avgjerda i saka, men vil avvente si endelege vurdering av spørsmålet inntil Ombodsmannen si vurdering ligg føre.»

Feilen har ført til at klagaren ikkje har fått den vurderinga av gebyret som han har krav på. Det rette må då vere at fylkesmannen tar saka opp att og vurderer spørsmålet i ettertid, både i høve til kommunen sitt regulativ og i høve til sjølvkostprinsippet. Prinsippet i forvaltningslova § 41 om verknadene av sakshandsamingsfeil, er det ikkje treffande å vise til i saka her. Paragrafen gir ein regel om at einskildvedtak kan bli gyldige jamvel om det er gjort feil i

sakshandsaminga, men seier ikkje noko om kva som er rett sakshandsaming, og det er det som er spørsmålet i denne saka. Det er med andre ord ikkje tale om vedtaket i høve til klagaren er gyldig, men korleis han kan få handsama gebyrklaga i samsvar med loven.

Eg ber fylkesmannen handsame gebyrklaga og samstundes merke seg det eg har sagt om høvet til forvaltningsloven og grunngevinga av einskildvedtak.»

Eg bad òg om å få ein kopi av fylkesmannen si avgjerd når ho låg føre.

## 92.

### Nedsettelse/ettergivelse av ilagt tvangsmulkt – ulovlig oppført gjerde og levegg

(Sak 2007/270)

*En kommune hadde ilagt to eiere av en eiendom en tvangsmulkt på kr 1 000 pr. dag f.o.m. 1. april 2003 inntil ulovlig oppført gjerde og levegg ble fjernet. Etter at saken var prøvet for tingretten og lagmannsretten, opplyste grunneierne 18. april 2006 at gjerdet var fjernet. Det ble søkt om nedsettelse/ettergivelse av mulkten, men kommunen avslo søknaden. Etter klage vedtok fylkesmannen å nedsette halvparten av den akkumulerte mulkten til kr 556 000.*

*Etter en konkret vurdering av bl.a. tiltakets art, dets betydning for allmennheten og det forhold at grunneierne brakte saken inn for retten, ba ombudsmannen fylkesmannen vurdere om det var grunnlag for å sette ned mulkten ytterligere. Ombudsmannen uttalte at en samlet tvangsmulkt på kr 556 000 syntes uforholdsmessig høy og i dårlig samsvar med god forvaltningsskikk.*

I juni 2001 søkte tidligere eier av en eiendom om å få bygge en brygge. Kommunen innvilget søknaden. Eiendommen ble i august 2001 overdratt til nye eiere som i løpet av sommeren 2002 oppførte bryggen. I tillegg ble det oppført en levegg langs bryggen mot nord og på den sydlige delen av bryggen ble det satt opp et gjerde. Området var regulert til friområde i gjeldende reguleringsplan. Kommunen fattet 23. september 2002 vedtak om at gjerdet og leveggen skulle rives og at det ville bli ilagt dagmulkt dersom dette ikke var gjort innen fastsatt frist.

Nytt vedtak ble fattet 24. februar 2003 og frist for riving og utgangspunkt for tvangsmulkt ble satt til 1. april 2003.

Grunneierne klaget vedtaket inn for Fylkesmannen i Vestfold som 1. september 2003 stadfestet kommunens vedtak. Klagerne tok deretter ut stevning mot kommunen med påstand om at de hadde eksklusiv bruksrett til arealet mellom eiendommen og sjøen og mot staten for å få opphevet fylkesmannens vedtak om fjerning av gjerdet og leveggen som de påsto var ugyldig. Holmestrand tingrett og Agder

lagmannsrett avsa dom i saken henholdsvis 1. desember 2004 og 31. oktober 2005. Kommunen og staten ble frifunnet og saksøkerne ble ilagt saksomkostninger. Grunneierne anket dommen, men den ble nektet fremmet til Høyesterett.

I brev 20. mars 2006 opplyste grunneieren at gjerdet var tatt ned samtidig som hun søkte om ettergivelse av mulkten. Kommunen avslo søknaden. Grunneieren påklaget dette vedtak til Fylkesmannen i Vestfold som besluttet å ettergi påløpt tvangsmulkt med det halve.

Grunneierens advokat brakte saken inn for ombudsmannen, og anførte bl.a. at fylkesmannens vedtak var sterkt urimelig overfor henne. I denne sammenheng ble det bl.a. vist til at bryggen «i utgangspunktet i sin helhet fremstår som privat, den ligger tilnærmet oppi husveggen og den er ikke under noen omstendighet en del av en naturlig ferdselssti».

Saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Vestfold. Fylkesmannen ble bedt om å opplyse dagmulktens eksakte akkumulerte beløp etter nedsettelsen. Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for hvordan fylkesmannen kom frem til at ettergivelsen av halve mulkten ga et rimelig resultat, herunder om fylkesmannen vurderte om en større del skulle ettergis, eventuelt helt bortfalle. Videre ble det stilt spørsmål om hvordan fylkesmannen hadde vurdert og vektlagt merknaden i Agder lagmannsretts dom 31. oktober 2005 om at «[e]ventuell innkreving av hele den pålagte dagmulkt vil ramme [grunneierne] svært hardt, og retten har merket seg at [regjeringsadvokaten] har påpekt at det er mulig å søke om nedsettelse og/eller ettergivelse». Under henvisning til rettens videre uttalelse om at «verken gjerdet eller leveggen hittil kan antas å ha vært til vesentlig sjenanse for noen beskyttelsesverdig interesse, jfr. her kommunens mer langsiktige planer for området», ble det spurt om dette var ansett som et relevant moment i vurderingen av nedsettelse/ettergivelse av den påløpte mulkten, og hvilken vekt det i så fall var lagt på dette.

Fylkesmannen opplyste i brev hit at dagmulktens eksakte akkumulerte beløp etter nedsettelse var på kr 556 000. Det ble vist til at lagmannsretten avsto fra å prøve spørsmålet om mulktens beløp, at dette var opp til forvaltningens frie skjønn og at mulktens størrelse ikke fremsto som sterkt urimelig eller vilkårlig for lagmannsretten. Fylkesmannen viste til at forvaltningsloven (fvl.) § 34 annet ledd (om hensynet til det kommunale selvstyre) lå «som en nerve bak avgjørelsen, til tross for at beløpet ble nedsatt til det halve». Fylkesmannen hadde vært i tvil om hun skulle gå i mot kommunen i et så skjønnsmessig spørsmål. Kommunens avslag fremsto som urimelig ut fra tiltakets art og omfang, men det hadde aldri fra fylkesmannens side vært vurdert å ettergi mulkten i sin helhet eller å nedsette den ytterligere. Overtredelsens karakter var vektlagt i formildende retning, men tiltaket var oppført i et regulert friområde, og «selv små tiltak vil således være i strid med planens

formål». Fylkesmannen fremholdt at konsekvensen av en mulkt på kr 1 000 pr. dag anses som urimelig når gjennomføringen trekker ut i tid, slik at det var det akkumulerte beløpet som ble ansett uforholdsmessig i forhold til overtredelsen.

Fylkesmannen var videre av den oppfatning at det er tiltakshavers ansvar å sørge for at mulkten opphører å løpe, og at det «ikke ville vært noen stor og omfattende jobb å utføre». Det ble vist til at gjerdet ikke ble fjernet selv etter lagmannsretten dom, og at plikten til inn drivelse før ulovligheten er opphørt ikke kan utledes av plan- og bygningsloven (plbl.) § 116 a som fastsetter at mulkten løper «så lenge det ulovlige forhold varer». Fylkesmannen viste deretter til lovens forarbeider der det fremgår at «'særlige grunner' for at mulkten frafalles/nedsettes er force majeure-lignende situasjoner», noe som ikke var tilfellet i denne saken.

Etter fylkesmannens syn var det tiltakshaverens ansvar å rette seg etter offentlige vedtak, og kommunen hadde flere ganger presisert at mulkten løp. Det ble for øvrig vist til lagmannsrettens uttalelse om at forvaltningen ikke hadde gitt klagerne «grunn til å tro at innhegningen kunne bli stående, eller på andre måter kan klandres for at beløpet har blitt så høyt. Det samlede beløp skyldes ene og alene at [grunneierne] bevisst har tatt en sjanse ved å la innhegningen bli stående i påvente av en rettslig avgjørelse i saken. Ved vurderingen av om vedtaket skal underkjennes på grunn av sterk urimelighet, har retten også lagt vekt på hensynet til det store flertallet av befolkningen som bøyer seg for gjeldende lovverk og for gyldige vedtak fattet av forvaltningen, tilsier et slikt resultat.» (dommen s. 15).

Fylkesmannen viste videre til at Østlandets kystkommuner opplever et enormt press, og at de ulovlige tiltakene er mange. Det oppleves derfor «svært urettferdig for de som forholder seg til lovverket, og som ofte får avslag på søknader ..., at andre kan ta seg til rette, uten at dette får noen konsekvenser». Det ble i denne sammenheng påpekt at kommunene er helt avhengige av at de sanksjonshjemplene som er i loven, gir en effektiv ulovlighetsoppfølging og at ressurssterke tiltakshavere i stor grad bidrar til at slik oppfølging fra forvaltningens side blir sendrektig og lite slagkraftig.

Advokaten påpekte deretter bl.a. at grunneieren reiste sak for domstolen umiddelbart etter at det ble klart at fylkesmannen ikke omgjorde vedtaket om fjerning, og at det eneste klageren har gjort var å få prøvet om fylkesmannens vedtak var lovlig. Da dette var klarlagt rettet hun seg etter vedtaket og sørget for at gjerdet ble tatt ned. Han hadde derfor vanskelig for å se at allmennpreventive hensyn var et relevant moment i denne saken. Advokaten viste videre til at de to rettsinstansene hadde uttalt at kommunen «kunne lastes for at det var kommet til sak ved ikke nærmere å avklare hvilke konsekvenser tillatelse til å oppføre brygge hadde for bruk av den». Det ble videre anført at «i forhold til en som utelukkende øns-

ker å prøve lovligheten og deretter retter seg etter den dom som blir endelig, synes en dagmulkt på kr 550 000 å være langt over det som var nødvendig av allmennpreventive formål». Etter klagerens skjønn ville det vært naturlig å avvente spørsmål om tvangsmulkt inntil det var rettslig fastslått om vedtaket var lovlig fattet. Partene har deretter kommet med avsluttende merknader.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av plbl. § 116 a siste setning at «vedkommende myndighet kan nedsette eller frafalle pålagt mulkt når særlige grunner taler for det».

Lovens ordlyd legger opp til en streng vurdering, og det skal ikke være kurant å få nedsatt eller frafalt en ilagt tvangsmulkt. Som eksempler på hva som kan anses som særlige grunner er i Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) side 178 nevnt at «overtredelsen er temmelig unnskyldelig av grunner som ligger nær opp til force majeure». Ytterligere eksempler er ikke nevnt. Fylkesmannen har med hjemmel i denne bestemmelsen nedsatt den akkumulerte mulkten til det halve. Ut fra allmennpreventive hensyn og at tiltakshaveren hadde tilstrekkelig mulighet til å innrette seg etter pålegget, fant fylkesmannen ikke grunn til ytterligere nedsettelse/fracfall.

I forvaltningen gjelder et ulovfestet prinsipp om at det skal være en viss forholdsmessighet eller proporsjonalitet mellom mål og middel. Forvaltningens reaksjoner og sanksjoner skal være rimelige og de skal stå i forhold til det mål som søkes oppnådd. Dette følger også av plbl. § 116 b første setning. Hensynet til hva som kan anses som god forvaltningsskikk tilsier også at det foretas en forholdsmessighetsvurdering i tilfeller som dette.

Lagmannsretten har vurdert rimeligheten av en mulkt på kr 1 000 pr. dag og størrelsen på den samlede mulkten. Retten har slått fast at vedtaket om ileggelse av tvangsmulkt ikke er sterkt urimelig eller vilkårlig. Retten uttalte imidlertid at det akkumulerte beløp fremsto som uforholdsmessig høyt sett i sammenheng med hva saken gjaldt, men at det samlede beløpet alene «skyldes at [grunneierne] bevisst har tatt en sjanse ved å la innhegningen bli stående i påvente av en rettslig avgjørelse i saken». Lagmannsretten tok ikke stilling til spørsmålet om nedsettelse/ettergivelse av det akkumulerte beløp. Retten påpekte imidlertid forhold som kunne tale for en slik nedsettelse/ettergivelse. Det ble vist til at en innkreving av hele mulkten vil ramme grunneierne «svært hardt» og retten merket seg regjeringsadvokatens påpekning om at det var mulig å søke om nedsettelse og/eller ettergivelse. I tilknytning til dette bemerket retten at «verken gjerdet eller leveggen hittil kan antas å ha vært til vesentlig sjenanse for noen beskyttelsesverdig interesse».

Rettslige skritt fører ikke i seg selv til at dagmulkten opphører og det suspenderer ikke plikten til

å betale tvangsmulkten, så lenge søksmålet viser at forvaltningen hadde grunnlag for å ilegge mulkten. Mulkten opphører enten ved forvaltningens vedtak, ved rettslig avgjørelse eller ved at grunneierne gjennomfører pålegget ved fjerning av gjerdet og leveggen.

I denne saken brakte klagerne gyldigheten av vilkårene for ileggelse av tvangsmulkt inn for retten. Klagerne anførte bl.a. at fylkesmannens vedtak 1. september 2003 om at inngjerdning av bryggen var ulovlig, ikke var gyldig. Saken ble prøvd både av tingretten og lagmannsretten og forgjeves anket til Høyesterett. Grunneierne valgte ikke å etterkomme pålegget før det forelå rettskraftig dom i saken. Dersom søksmålet måtte anses som grunnløst, kan det synes rimelig at tvangsmulkten ble beregnet og betalt ut fra ileggelsestidspunktet. Den riktige fremgangsmåten hadde vært at grunneierne enten rev gjerdet og leveggen mens saken sto for retten (for eventuelt å sette det opp igjen hvis søksmålet førte frem), alternativt at de begjærte utsatt iverksetting etter fvl. § 42 eller midlertidig forføyning etter tvistemålsloven kap. 34. Hoveddelen av mulkten ble akkumulert mens saken sto for retten. Klager rev gjerdet og leveggen kort tid etter at dommen var rettskraftig. Lagmannsretten beskrev tiltaket slik at det ikke kunne antas å ha vært til «vesentlig sjenanse for noen beskyttelsesverdig interesse». I lys av dette synes en samlet mulkt på kr 556 000 å være uforholdsmessig høy.

Det er vist til allmennpreventive hensyn og jeg forstår dette dit hen at det siktes til betydningen av å opprettholde respekten for lovlig fattede vedtak. Jeg er enig i at det er viktig ikke å svekke de virkemidlene forvaltningen har til å sikre gjennomføringen av lovlig fattede vedtak. Tvangsmulkten er ment å skulle gi myndighetene et virkemiddel til å gjennomføre vedtak og bidrar til å understreke borgerens plikt til lojalt å rette seg etter lovlig fattede vedtak. I dette tilfellet ville klageren ikke ha tatt noen risiko ved å fjerne gjerdet. Dersom hun hadde fått medhold av retten, ville hun ha kunnet gjenoppføre gjerdet, formentlig også med dekning av kostnadene fra det offentlige. Min anbefaling om nå i ettertid å overveie en ytterligere nedsettelse, skyldes at den summen det nå står igjen med, synes å være uforholdsmessig høy, sakens karakter og forholdene i saken tatt i betraktning.

Forvaltningen selv foretok ingen vurdering av om konvensjonalboten skulle løpe da sak ble anlagt for domstolene. I ettertid bør det legges vekt på at saken ble brakt inn for domstolene. Retten til å få prøvet lovligheten av vedtak er en grunnleggende rettighet. God forvaltningsskikk tilsier at forvaltningen tar konsekvensene av det også i forhold til bruken av sanksjoner mot borgerne. I dette tilfellet bør det ses på saksanlegget og prosessen i dette lys og det bør få konsekvenser for hvorvidt mulkten skal nedsettes eller evt. falle bort.

Det vises i denne sammenheng til dom inntatt i

Rt. 2007 s. 862 flg. Saken gjaldt nedsettelse av akkumulert dagmulkt etter bustadsoppføringslova § 23. Høyesterett (dissens 3-2) kom til at en avtalt dagmulkt på kr 1 000 var rimelig, men at det samlede akkumulerte beløp «i seg selv representerer et klart misforhold både sett i forhold til den opprinnelige kontrakt og i særdeleshet når dette ses i forhold til det relativt beskjedne utbedringsarbeidet dagmulkten er knyttet til».

Jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på nytt i lys av det jeg her har fremholdt. Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

### 93.

#### Reguleringsplan – vurdering av konsekvenser for barn og unge

(Sak 2006/1405)

*A klaget på at konsekvensene for barn og unges oppvekstmiljø ikke var tilstrekkelig utredet ved regulering av en vei.*

*Ombudsmannen konkluderte med at hensynet til å sikre barn gode og betryggende oppvekstvilkår burde ha vært bedre ivarettatt i planarbeidet. Planmyndighetene kan ikke fri seg fra sin plikt til å sikre barn gode oppvekstvilkår ved å vise til at barnas representant ikke har hatt innsigelser. Ordningen med en slik representant er ment som et sikkerhetsnett i tillegg til myndighetenes eget ansvar.*

*Etter ombudsmannens uttalelse skrev fylkesmannen til kommunen at vurderingen av planers konsekvenser for barn og unges oppvekstvilkår skal fremkomme i en egen beskrivelse i saksfremstillingen. Fylkesmannen forutsatte at kommunen i den konkrete saken fulgte opp sikring av barns lekeområder i byggesaken.*

Reguleringsplan for atkomstvei til Kruttverket i Nittedal kommune var utarbeidet på bakgrunn av to kommunale utredninger, kalt «Utredning av trasèalternativer for adkomstvei til Kruttverket» og «Kruttverket i Nittedal Tilleggsutredning veialternativer». A, som hadde sendt inn en høringsuttalelse, påklaget kommunens planvedtak til Fylkesmannen i Oslo og Akershus, men klagen ble ikke tatt til følge.

I klagen til ombudsmannen fremholdt A at fylkesmannen ikke i tilstrekkelig grad hadde behandlet hans anførsler, særlig knyttet til ivaretagelse av barnas interesser. Han anførte at forvaltningen ikke kunne «avvise» hans anførsler ved å vise til Statens vegvesens håndbok.

Ombudsmannen viste i brev til fylkesmannen til As høringsuttalelse, hvor han beskrev den nye veiens etter hans syn negative konsekvenser for barns oppvekstmiljø på lekeplass m.v. og etterlyste «beslutningsunderlag hva angår barns sikkerhet i lek». Videre ble det vist til rådmannens kommentar i saksfremstillingen til høringsuttalelsen, der det het:



«Rådmannen mener at veitraseén i liten grad berører barns lekeområder. Skråninger og skjæringer vil bli sikret i henhold til Statens vegvesens håndbok 017, jfr. reguleringsbestemmelse 2.7.»

Det ble også vist til at kommunen i klagesaksfremstillingen under henvisning til at barnerepresentanten ikke hadde innvendinger mot planforslaget, uttalte at «barnas interesser er ivaretatt i planforslaget».

Ombudsmannen spurte i lys av det ovennevnte om fylkesmannen og kommunen i denne saken hadde oppfylt sine plikter i henhold plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 2 tredje ledd og Rikspolitiske retningslinjer for å styrke barn og unges interesser i planleggingen, jf. notat fra Miljøverndepartementet 29. august 1989.

Fylkesmannen svarte i brev 20. desember 2006 blant annet:

«Det følger av reguleringsbestemmelsene 2.7 at 'Adkomstveien, med skjæringer og fyllinger, skal sikres forskriftsmessig i henhold til Statens vegvesens håndbok 017, og spesielt i forhold til barns lekeområder.'

... Leser man bestemmelsen i sammenheng kan den ikke sies å gi noen mening, idet Statens vegvesens håndbok 017, veg og gateutforming, er retningsgivende for utformingen av atkomstveien. Man kan ikke utlede rettskrav av den informasjon som finnes i håndbok 017. Fylkesmannen har likevel ikke oppfattet bestemmelsen slik at den er uten noe fastlagt rettslig innhold, jf. nedenfor.

---  
I Statens vegvesens håndbok 017 omhandles ... først og fremst vegrekkverk og ledegjerder, og ikke gjerder av hensyn til friområder og sikkerhet for barns bruk av området. Skal bestemmelsen ha noe rettslig innhold, må den derfor gi grunnlag for at myndighetene kan sette krav om at vegskjæringer mot friområder etc. må være sikret med gjerder før veganlegget kan tas i bruk. Fylkesmannen oppfatter kommunen slik at det er dette som har vært meningen med bestemmelsen. I så måte er *reguleringsbestemmelsens ordlyd noe uheldig utformet og Fylkesmannen vil ta saken opp med kommunen med sikte på å rette opp denne mangel/uklarhet ved bestemmelsen*. Fylkesmannen vil imidlertid presisere at bestemmelsen etter vårt syn i tilstrekkelig grad vil gi kommunen hjemmel for å sikre vegskjæringer mot det felles nærområde som klageren henviser til.

---  
*Kommunen er ... ansvarlig for at ethvert planforslag som legges ut til offentlig ettersyn inneholder en beskrivelse som belyser forholdet som angår barn og unge. Dette ser ikke i tilfredsstillende grad ut til å være belyst. ... Fylkesmannen mener beskrivelsen av planforslaget i så måte burde inneholdt et punkt om nødvendige sikrings- og ulykkesforebyggende tiltak i forhold til skjæringer og stup i nærheten av leke- og oppholdsareal i tilknytning til boligområdet.*

Fylkesmannen anser dette som en mangel ved saksfremstillingen, noe som for så vidt kan gi grunnlag for at Fylkesmannen kan varsle/reise innsigelse til planforslaget. Dette har imidlertid ikke vært et tema i forbindelse med Fylkesman-

nens behandling av planforslaget under høringsprosessen. Heller ikke barnerepresentanten har påpekt forholdet.

Rådmannen påpekte i klageomgangen at:

'Rådmannen mener imidlertid generelt at vi bør forbedre rutineene i forhold til involvering av barnetalsmannen i plansaker, og at det bør komme tydeligere frem av saksfremlegget hva barnetalsmannen har ment i saken. Rådmannen vil følge opp dette videre.'

Fylkesmannen legger til grunn at dette blir fulgt opp fra kommunens side. Selv om kommunen burde hatt en egen beskrivelse i saksfremstillingen, har ikke forhold som er av stor betydning for sikkerheten blitt oversett i den videre planprosessen. Det vises til at flere av de innspill som kom tok opp nettopp dette forholdet.

Rådmannen har drøftet problemstillingen i sine kommentarer til uttalelsene og forholdet må således sies å ha vært belyst i planprosessen, i alle fall så sent som i høringsfasen. Videre har det vært meningen å ta hensyn til forhold som berører barn ved at det som nevnt er innarbeidet krav om sikring av vegskjæringer i reguleringsbestemmelsene. Fylkesmannen har vært, og er, derfor av den oppfatning at det ikke foreligger grunnlag for å konstatere at kommunestyrets vedtak er [u]gyldige.

Det kan i tillegg også stilles spørsmål om kommunen, som følge av barns bruk av nærområde til lek, har en generell plikt til å pålegge sikringsarbeider [i henhold til] ... pbl. § 104 ...

---  
Slik Fylkesmannen ser det har kommunen i klageomgangen innrømmet at det var upresist og uheldig formulert å legge til grunn at veitraseén i liten grad berører barns lekeområder.

---  
Fylkesmannen legger til grunn at barns sikkerhet vil bli ivaretatt i byggesaken, med henvisning til reguleringsplanbestemmelse 2.7, eventuelt ved pålegg etter pbl. § 104. Fylkesmannen vil understreke at den aktuelle reguleringsbestemmelsen nettopp tar sikte på å sikre vegskjæringer mot friområder. Denne forutsetningen må etter Fylkesmannens syn oppfylles før veganlegget kan tas i bruk.

Fylkesmannen vil ta saken opp med kommunen med tanke på en klargjøring av bestemmelsens rettslige innhold.»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det er et viktig formål etter plan- og bygningsloven å sikre at barna kan vokse opp i et trygt og godt miljø. Dette kommer til syne allerede i angivelsen av lovens formål. Lovens § 2 tredje ledd bestemmer:

«Ved planlegging etter loven her skal det spesielt legges til rette for å sikre barn gode oppvekstvilkår.»

Den nærmere realiseringen av dette formålet er uttrykt i ulike bestemmelser i og i tilknytning til loven. I statsråd 1. september 1989 ble det vedtatt Rikspolitiske retningslinjer for å styrke barn og unges interesser i planleggingen. Det vil føre for langt

å gjengi disse i sin helhet, men jeg siterer enkelte av de viktigste for saken her:

«1. ... *Viktige nasjonale mål* er å ... [s]ikre et oppvekstmiljø som gir barn og unge *trygghet mot fysiske ... skadevirkninger...*

---  
3. ... Ansvaret for å ivareta intensjonene og kravene i disse retningslinjene tillegges følgende instanser:

---  
b. Fylkeskommunene skal, i samråd med fylkesmannen, så langt det er mulig *veilede og gi kommunene nødvendig støtte til å sikre barn og unges interesser* i kommunens planarbeid i henhold til pkt. 4 og 5 i disse retningslinjene.

Fylkeskommunen og fylkesmannen skal, der det er nødvendig for å ivareta formålet med *pkt. 5, gi uttalelse og eventuelt framsette innsigelser* til kommuneplan og reguleringsplan / -bebyggelsesplan. Fylkesmannen skal ved utøvelse av sin virksomhet etter plan- og bygningsloven *påse at kravene til behandling i pkt. 4 er ivaretatt.*

---  
4. ... *Kommunen skal ... [v]urdere konsekvenser for barn og unge i plan- og byggesaksbehandlingen ....*

---  
5. *Krav til fysisk utforming*

---  
a. Arealer og anlegg som skal brukes av barn og unge skal *være sikret mot forurensning, støy, trafikkfare* og annen helsefare.

b. I nærmiljøet skal det finnes arealer hvor barn kan utfolde seg og skape sitt eget lekemiljø.» [Mine uthevinger.]

Jeg nevner også et notat fra Miljøverndepartementet til kommuner, fylkeskommuner og fylkesmenn 29. august 1989, der det blant annet heter:

«3. Begrunnelse og premisser for punkt 3.

---  
*Kommunestyret og den administrative leder har det primære og overordnede ansvar for barn og unges oppvekstmiljø og dermed for oppgaver i følge retningslinjene.*

---  
Dersom de krav til planprosess som framgår av punkt 4 ikke er fulgt, kan *fylkesmannen påberope saksbehandlingsfeil* i forbindelse med arealplansaker.

4. Begrunnelse og premisser for punkt 4

---  
Et krav om at *planenes konsekvenser for barn og unge skal være vurdert i den enkelte sak*, vil kunne gi en bedre saksframstilling, bringe barne- og ungdomsspørsmål inn i den politiske diskusjonen og øke bevisstheten om barn og unges situasjon. ... *Et godt beslutningsgrunnlag er avhengig av at konsekvensene både for mindre barn og unge blir tilstrekkelig belyst.*

Det ... er svært viktig med *trafikk sikre arealer og ferdselsårer. ....*

[Mine uthevinger.]

Som det fremgår, understrekes ikke bare plikten til å ivareta barnas interesser, men også at både kommunen og fylkesmannen har et *selvstendig ansvar* for å oppfylle den.

Under klagebehandlingen ble det i kommunens saksframstilling vist til at barnerepresentanten hadde fått tilsendt planmaterialet uten å komme med noen innvendinger, og at dette viste at barnas interesser var ivaretatt. Fylkesmannen har i redegjørelsen hit vist til rådmannens uttalelse, om at kommunen bør forbedre rutineene i forhold til involvering av barnetalsmannen i plansaker, og at det bør komme tydeligere frem av saksfremlegget hva barnetalsmannen har ment i saken.

Jeg minner her om bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 9-1 femte punktum, der det heter:

«Kommunestyret skal peke ut en etatsjef eller annen tjenestemann som skal ha særlig ansvar for å ivareta barns interesser når det faste utvalget etter denne paragraf utarbeider og behandler forslag til planer.»

Den personen som pekes ut, omtales ofte som «barnas representant». Av forarbeidene til bestemmelsen fremkommer blant annet følgende, jf. Ot.prp. nr. 51 (1987-1988) s. 47:

«Departementet understreker at ordningen ikke skal ta sikte på å frata de øvrige møtende i rådet det ansvar de ellers har for å ivareta barns interesser i rådet, men ser for øvrig ikke behov for å presisere dette i lovteksten.»

Verken kommunen eller fylkesmannen kan med andre ord fri seg fra sin plikt til å sikre barn gode oppvekstvilkår ved å vise til hva barnas representant har - eller ikke har - foretatt seg. Ordningen er ment som et sikkerhetsnett *i tillegg til* myndighetenes egenansvar. Henvisningen til at barnas representant hadde fått tilsendt planmaterialet uten å avgi høringsuttalelse og ikke hadde hatt innvendinger, er dermed ikke treffende og kan være egnet til å så tvil om kommunen og fylkesmannen i denne saken var fullt ut klar over sitt ansvar og i tilstrekkelig grad utredet og vurderte forholdet til barn.

I samme retning trekker fylkesmannens påpeking i svaret hit om at kommunen er ansvarlig for at ethvert planforslag som legges ut til offentlig ettersyn, inneholder en beskrivelse som belyser forhold som angår barn og unge, og at dette ikke ser ut til å være tilfredsstillende belyst i denne saken. Han har tilkjennegitt at beskrivelsen av planforslaget burde inneholdt et punkt om nødvendige sikrings- og ulykkesforebyggende tiltak i forhold til skjæringer og stup i nærheten av leke- og oppholdsareal i tilknytning til boligområdet. Fylkesmannen har videre gitt uttrykk for at dette er en mangel ved saksframstillingen som kunne gitt grunnlag for innsigelse fra fylkesmannen til planforslaget. Til slutt har fylkesmannen også erkjent at den aktuelle reguleringsbestemmelens ordlyd er «noe uheldig utformet».

For å bøte på de ovennevnte mangler har fylkesmannen bebudet at han vil ta saken opp med kommunen med sikte på «en klargjøring av bestemmelsens rettslige innhold». Fylkesmannen har videre

forutsatt at hensynet til barnas sikkerhet vil bli ivare tatt i den påfølgende byggesaken «med henvisning til reguleringsplanbestemmelse 2.7, eventuelt ved pålegg etter pbl. § 104». Han har slått fast at denne forutsetningen må oppfylles før veianlegget kan tas i bruk.

Mitt kontor har senere mottatt kopi av fylkesmannens brev til Nittedal kommune, der blant annet følgende fremgår:

«Dersom kommunen mener Statens vegvesens håndbok 017 berører spørsmål vedrørende sikring i forhold til barns lekeområder, ber vi kommunen beskrive hvilke tiltak som kan være aktuelle, med henvisning til sidetall i håndboken.

I motsatt fall ber vi kommunen klargjøre reguleringsbestemmelsene 2.7 enten i form av en presisering eller eventuelt en endring av ordlyden i bestemmelsen. ...»

Det må etter dette kunne legges til grunn at hensynet til å sikre barn gode og betryggende oppvekstvilkår burde ha vært bedre ivare tatt i planarbeidet, og at fylkesmannen deler denne oppfatningen. Jeg forutsetter da at fylkesmannen følger opp denne saken både generelt og konkret i forhold til den aktuelle reguleringsplanen, slik han for så vidt alt har begynt på gjennom brevet til kommunen. Hvilke konkrete tiltak som er nødvendige å utføre i marken, og hvordan det best kan sikres at de blir gjennomført, er et forvaltningsspørsmål som fylkesmannen må vurdere. På denne bakgrunn finner jeg å kunne la saken bero med fylkesmannens redegjørelse, men ber om å bli holdt orientert om den videre oppfølging av saken.»

I brev til Nittedal kommune sluttet fylkesmannen seg i det vesentlige til mine synspunkter. Fylkesmannen la til grunn at kommunen forbedret rutinene for involvering av barnetalsmann i plansaker, og videre at vurdering av planers konsekvenser for barn og unges oppvekstvilkår fremkommer i en egen beskrivelse i saksfremstillingen. Med hensyn til atkomstveien til Kruttverket forutsatte fylkesmannen at kommunen fulgte opp sikringen av barns lekeområder i byggesaken.

Saken ga etter dette ikke grunn til ytterligere behandling fra ombudsmannens side.

## 94.

### Prøving av konsekvensutredningsplikt ved behandling av klage på reguleringsplan

(Sak 2005/937)

*Fylkesmannens stadfestelse av reguleringsplan for ny fergekai i Os kommune ble brakt inn til ombudsmannen med anførsel om at tiltaket ikke kunne gjennomføres uten en nærmere vurdering av om det forelå plikt til å foreta konsekvensutredning. Det ble også anført at fylkesmannen ikke hadde foretatt tilstrekkelige undersøkelser av de faktiske forutsetnin-*

*gene for reguleringsvedtaket. Saken har blant annet reist spørsmål om fylkesmannens rett og plikt til å prøve de sider av saken som har med konsekvensutredningsplikt å gjøre.*

*Ombudsmannen kom til at fylkesmannen har begrenset sin kompetanse i større utstrekning enn det er rettslig adgang til og således ikke prøvet reguleringsvedtaket i samsvar med de regler som gjelder for klagesaksbehandling. I vedtak 15. juni 2004 godkjente Os kommune reguleringsplan for Halhjem fergekai.*

Før kommunen fattet sitt vedtak hadde flere grunneiere i området (A) anmodet Miljøverndepartementet om å gi pålegg, med hjemmel i plan- og bygningsloven § 33-2 fjerde ledd, om konsekvensutredning (KU) for tiltak omfattet av planen. Anmodningen ble ikke etterkommet. I svarbrev 13. mai 2004 fra departementet het det:

«Miljøverndepartementet finner det ikke rimelig å pålegge konsekvensutredning for tiltak omfattet av reguleringsplan Halhjem fergekai i Os kommune etter plan- og bygningsloven § 33-2 fjerde ledd.»

I tillegg hadde A i henvendelse til Vegdirektoratet hevdet at tiltaket utløste krav om konsekvensutredning etter forskrift 21. mai 1999 nr. 502 om konsekvensutredninger. Det ble anført at tiltaket var omfattet av forskriftens vedlegg II punkt 2.1 om «Vegtiltak med en investeringskostnad på mer enn 150 millioner kr og som medfører utarbeidelse av plan etter PBL». Ifølge A var det overveiende sannsynlig at investeringskostnadene ville overstige kr 150 millioner. Direktoratet ble på denne bakgrunn bedt om å gi pålegg om konsekvensutredning.

I Vegdirektoratets svarbrev 12. mai 2004 ble det påpekt at det er direktoratet, og ikke kommunen, som avgjør om tiltaket medfører krav om konsekvensutredning, jf. forskriftens § 6. Direktoratet la til grunn at tiltaket hadde en investeringskostnad på kr 134 millioner og således ikke utløste krav om konsekvensutredning etter forskriftens vedlegg II.

Kommunens vedtak ble påklaget ved brev 6. juli 2004 fra A. I tillegg kom det inn fem andre klager på vedtaket fra forskjellige privatpersoner og interessegrupper/organisasjoner.

I klagen fra A ble det blant annet anført at plikten til å skaffe informasjon om planens miljøkonsekvenser ikke var overholdt. I denne forbindelse het det:

«Selv om tiltaket ikke i seg selv utløser plikt til konsekvensutredning, foreligger en omfattende plikt for kommunen til å ivareta relevante miljøhensyn og herunder plikt til å fremskaffe tilstrekkelig informasjon om miljøkonsekvensene av planen.

Det gjøres gjeldende at kommunen ikke har overholdt denne plikten.»

Klagen viste i denne forbindelse til EU-direktiv 2001/42/EF og miljøinformasjonsloven. Parallelt

med klagen over kommunens vedtak, brakte A spørsmålet om konsekvensutredningsplikt inn for ombudsmannen. I brev hit 13. juli 2004 het det blant annet:

«De ansvarlige myndigheters vurdering av spørsmålet om KU-plikt er ikke enkeltvedtak og kan således ikke påklages, jfr. forskrift om konsekvensutredninger § 1 siste ledd. Spørsmålet kan således bringes inn for Sivilombudsmannen for vurdering.

Saken bringes inn for Sivilombudsmannen på vegne av en rekke hytteeiere og interesseforeninger i området.

(For øvrig opplyses at reguleringsvedtaket er påklaget til Fylkesmannen. Klagen til Fylkesmannen gjelder imidlertid ikke spørsmålet om konsekvensutredning, ettersom Fylkesmannen ikke er rette organ for vurdering av dette tema).»

I brevet ble det blant annet anført at tiltaket med overveiende sannsynlighet ville ha en investeringskostnad på mer enn kr 150 millioner og således være omfattet av konsekvensutredningsforskriften § 3, jf. vedlegg II punkt 2.1.

Ombudsmannen la til grunn at fylkesmannen kunne ta stilling til spørsmålet om konsekvensutredningsplikt under sin klagebehandling av planvedtaket. Det ble derfor ansett å være mest i samsvar med prinsippet om ombudsmannens etterfølgende kontroll at spørsmålet i første omgang ble vurdert av fylkesmannen. I svarbrevet herfra 21. juli 2004 het det blant annet:

«Når fylkesmannen har tatt stilling til spørsmålet, kan De eventuelt komme tilbake til saken med ny klage hit. Før fylkesmannens klagebehandling er avsluttet finner ombudsmannen heller ikke grunn til å ta departementets avgjørelse 13. mai 2004 opp til nærmere undersøkelse.»

A ba deretter i brev 25. februar 2005 fylkesmannen ta stilling til spørsmålet om konsekvensutredning. I brevet ble det i hovedsak vist til henvendelsen hit 13. juli 2004. I tillegg ble det anført at det var lagt uriktige trafikkprognoser til grunn for planvedtaket. Vedlagt brevet var blant annet et notat fra B som, etter klagernes oppfatning, dokumenterte mangler ved planvedtakets faktiske forutsetninger.

Fylkesmannen oversendte 3. mars 2005 brevet med vedlegg til Os kommune og ba om kommentarer. I fylkesmannens brev het det blant annet:

«Fylkesmannen ønsker at kommunen kommenterer brevet datert 25.2.2005 nærare, særleg når det gjeld påstandane om at feil trafikkprognoser (ADT-tal) er lagt til grunn, jf. brevet datert 25.2.2005, side 2, pkt. 2, 4. avsnitt. Fylkesmannen antar at det kan vera relevant for kommunen å innhenta vegvesenet sitt syn på dette, jf. også notat datert 20.2.2005 frå B, der det vert vist til diverse møter med kommunen og Statens vegvesen («VEDLEGG 3»).

Dersom kommunen eventuelt kjem til at feil ADT-tal er lagt til grunn, ønskjer fylkesmannen kommunen sitt syn på i kva grad dette kan ha

innverka på kommunen sitt vedtak om godkjenning av reguleringsplanen.»

Kommunen besvarte henvendelsen 5. april 2005 etter å ha innhentet vegvesenets kommentarer (notat 9. mars 2005). Av svarbrevet fremgikk det at kommunen ikke kunne se at det var gjort feil som kunne ha betydning for vedtaket om å godkjenne reguleringsplanen. Vedlagt svarbrevet fulgte et notat som viste beregningen av forventet trafikkutvikling for området rundt fergekaaien.

Ved brev 20. april 2005 oversendte A fylkesmannen et notat 19. april 2005 fra Siv.ing. Rakner AS. Ifølge brevet viste notatet at det forelå mangler ved beregningen både av trafikkutviklingen og behovet for parkeringsplasser, og at planvedtaket derfor var truffet på et mangelfullt faktisk grunnlag. Videre var det vedlagt kopi av en artikkel fra vegvesenets magasin Vegen og vi (nr. 6, 7. april 2005), der det het at «Kaiprosjektet for gassferjene på E39 er i dag kostnadsrekna til 260 mill. kr.». Ifølge artikkelen ville det være nødvendig å ta hånd om miljøgifter på sjøbunnen før utfylling av masser til fergekaaien. Det ville dessuten være nødvendig å hente stein fra andre steder, fordi kvaliteten på fjellet som skulle sprenges vekk ikke var av det beste slaget. A anførte at dette ville innebære utgifter som ikke hadde vært medregnet tidligere, og at tiltaket dermed utløste konsekvensutredningsplikt.

I vedtak 4. mai 2005 stadfestet Fylkesmannen i Hordaland reguleringsplanen.

Fylkesmannen viste til at fergekaier ikke var omfattet av konsekvensutredningsforskriftens vedlegg I punkt 2.6 og vedlegg II punkt 2.6, og at fergekaaien utgjorde den vesentligste delen av tiltaket. Fylkesmannen la derfor til grunn at det verken dreiet seg om et tiltak som alltid skal konsekvensutredes (vedlegg I) eller et tiltak som skal vurderes i forhold til kriteriene i forskriftens § 4 (vedlegg II).

Når det gjaldt trafikkprognosene, viste fylkesmannen til de innhentede kommentarene fra kommunen og vegvesenet, og uttalte blant annet:

«Det vil naturleg nok hefta ein del uvisse ved dei trafikkprognosane som ligg til grunn for vegesenet sine vurderingar av kapasitetsbehovet i sambandet. I verste fall kan ein risikera at anlegget med sitt betydelege terrenginngrep vert overdimensjonert, og at inngrepa dermed kan framstå som unødvendige ein gong i framtida. Det synest likevel heva over tvil at det har vore ein relativt stabil trafikkauke i sambandet, og at det er behov for utviding av kapasiteten. Korleis problemet med auka kapasitetsbehov skal løysast, blir såleis eit val mellom dei ulike aktuelle alternativa som ligg føre, og som det er realistisk å gjennomføra under dei gjevne føresetnadene.

---

Fylkesmannen meiner at dei vurderingane som Statens vegvesen og Os kommune har gjort med omsyn til trafikkprognoser, kapasitetsbehov og val av ferjetype, ligg innanfor forvaltninga sitt frie skjønn. For at fylkesmannen eventuelt skal underkjenna dei skjønsmessige vurderin-

gane, må det vera vesentlige feil ved avgjerdsgrunnlaget eller lovforståinga som ligg til grunn for kommunen sitt reguleringsvedtak. Fylkesmannen meiner at dei usikre momenta ved talgrunnlaget som klagarane påpeikar, ligg innanfor eit slingringsmonn som må kunna akseptertast i denne typen saker. Klagarane får såleis ikkje medhald i at vedtaket må opphevast grunna vesentlege feil i avgjerdsgrunnlaget.»

Klagerne brakte deretter i brev 25. mai 2005 saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at tiltaket skulle ha vært vurdert i forhold til konsekvensutredningsforskriftens vedlegg II punkt 2.1 om veiltak med en investeringskostnad på mer enn kr 150 millioner. Dette punktet i forskriften gjør ikke unntak for fergekaier. Ifølge klagen kunne det, særlig på bakgrunn av nye opplysninger i saken, fastslås at investeringskostnadene ville overstige kr 150 millioner, og at konsekvensutredning etter forskriftens § 4 således skulle vært vurdert.

Videre ble det anført at fylkesmannen ikke i tilstrekkelig grad hadde undersøkt om det forelå feil ved trafikkprognosene som lå til grunn for vedtaket.

Samtidig som saken ble brakt inn hit, hadde klagerne tilskrevet fylkesmannen og bedt ham omgjøre sitt vedtak. Under henvisning til prinsippet om at ombudsmannens kontroll skal være etterfølgende, ble det ansett mest hensiktsmessig å avvente fylkesmannens behandling av omgjøringsbegjæringen før en eventuell nærmere undersøkelse av saken herfra.

Fylkesmannen kom i brev 28. juni 2005 til at vedtaket var basert på en feil forståelse av konsekvensutredningsforskriften, ettersom «vegtiltak» i vedlegg II punkt 2.1 også omfatter fergekaier. Fylkesmannen mente imidlertid at feiltolkningen ikke hadde hatt avgjørende betydning for utfallet av klagesaken, og fastholdt derfor sitt vedtak under henvisning til forvaltningsloven § 41. Fylkesmannen viste i denne forbindelse til at kostnadsoverslaget i januar 2004 var kr 135 millioner, og til rundskriv T-2/00 der det heter at det er «tilgjengelige kostnadsoverslag på det tidspunktet KU-plikten vurderes som er avgjørende».

Fylkesmannens beslutning ble kommentert av klagerne i brev hit. Det ble blant annet anført at ettersom fylkesmannen som klageinstans skal prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter, må fylkesmannen vurdere spørsmålet om konsekvensutredningsplikt på grunnlag av de opplysninger som foreligger på tidspunktet for behandlingen av klagesaken.

I brev herfra 12. desember 2005 ble fylkesmannen bedt om å redegjøre nærmere både for enkelte rettslige spørsmål vedrørende konsekvensutredningsplikt og for de faktiske forutsetningene for vedtaket. I brevet het det blant annet:

«*Konsekvensutredningsplikt*

Som nevnt ovenfor, la fylkesmannen i sitt brev 28. juni 2005 [fylkesmannens svar på omgjøringsbegjæringen] til A til grunn at feiltolk-

ningen av konsekvensutredningsforskriften ikke hadde betydning for utfallet av klagesaken. I denne forbindelse het det i brevet:

«Fylkesmannen viser til at det er «planavgrensningen for tiltaket og tilgjengelige kostnadsoverslag på det tidspunktet KU-plikten vurderes» som ifølge rundskriv T-2/00 blir avgjørende. Ifølge opplysninger fra Statens vegvesen i e-post datert 24.6.2005 til fylkesmannen var kostnadsoverslaget kr. 135 mill. pr. januar 2004. ... Overslaget er basert på den kunnskap en hadde på det aktuelle tidspunktet. Endelig kostnad vil en ikke få før anbudssummen foreligger i september/oktober 2005».

1. Det bes om en nærmere redegjørelse for sitatet ovenfor og hvilken betydning det som der kommer til uttrykk etter fylkesmannens mening har for vurderingen etter forvaltningsloven § 41.
2. Fylkesmannen bes redegjøre for sitt syn på egen kompetanse med hensyn til prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt. Mener fylkesmannen at denne kompetansen er underlagt noen begrensninger? I så fall - hvilke?
3. I brevet 28. juni 2005 viste fylkesmannen til at det ifølge rundskriv T-2/00 er kostnadsoverslaget på det tidspunktet konsekvensutredningsplikten vurderes som er avgjørende. Hvilket tidspunkt mener fylkesmannen at skal legges til grunn i denne forbindelse? Det bes om en mest mulig nøyaktig angivelse av tidspunktet. I den grad svaret har sammenheng med fylkesmannens syn på egen kompetanse (jf. punkt 2 ovenfor), bes dette redegjort for.
4. Hvilken eventuell betydning mener fylkesmannen at nye faktiske omstendigheter (omstendigheter som kommunen ikke hadde kunnskap om da den traff sitt vedtak) kan ha for spørsmålet om konsekvensutredningsplikt? Også i denne forbindelse bes fylkesmannen redegjøre for en eventuell sammenheng med synet på egen kompetanse.
5. Dersom fylkesmannen mener det foreligger begrensninger i egen kompetanse med hensyn til prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt, bes det om fylkesmannens syn på forholdet mellom slike begrensninger og bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd første punktum.
6. I brev 17. november 2005 fra A har klagerne anført at kostnadsoverslaget må justeres etter kroneverdien på tidspunktet for vurderingen av konsekvensutredningsplikt og dessuten at kostnader til gassferger, gasstanker og næringskai må medregnes i investeringskostnaden for tiltaket. Har fylkesmannen vurdert hvorvidt slike kostnader skal medregnes?

*Faktiske forutsetninger*

Klagerne har rettet flere innvendinger mot planvedtakets faktiske forutsetninger, særlig når det gjelder trafikkprognoser og beregnet behov for parkeringsplasser. Ved brev 20. april 2005 fra A fikk fylkesmannen oversendt et notat utarbeidet av Siv.ing. Rakner AS der det stilles en rekke spørsmål vedrørende Statens vegvesens beregninger av fremtidig trafikk og parkeringsbehov.

I vedtaket 4. mai 2005 uttalte fylkesman-

nen blant annet følgende om trafikkprognose:

«Fylkesmannen meiner at dei vurderingane som Statens vegvesen og Os kommune har gjort med omsyn til trafikkprognoser, kapasitetsbehov og val av ferjetype, ligg innanfor forvaltninga sitt frie skjønn».

Så vidt ombudsmannen kan se, er ikke notatet fra Siv.ing. Rakner AS kommentert spesielt i fylkesmannens vedtak.

7. Mener fylkesmannen at vurderinger av trafikkprognoser og fremtidig kapasitetsbehov er underlagt det såkalte frie forvaltnings-skjønn? I så fall bes det om en nærmere redegjørelse for dette synet samt for fylkesmannens syn på egen adgang til å prøve slike vurderinger under sin klagebehandling.
8. Fylkesmannen bes redegjøre for i hvilken grad det under klagebehandlingen er tatt hensyn til notatet fra Siv.ing. Rakner AS eller til de forhold som påpekes i notatet. Det bes opplyst om notatet er forelagt Os kommune eller Statens vegvesen, eller om fylkesmannen på annen måte har tatt opp de spørsmål som notatet gjelder med kommunen/vegvesenet. Det presiseres i denne forbindelse at ombudsmannen har merket seg fylkesmannens brev 3. mars 2005 til Os kommune og kommunens svarbrev 5. april 2005.»

I fylkesmannens svarbrev 23. januar 2006 het det blant annet:

*«1. Vedrørende tidspunktet for vurdering av kostnadsoverslaget og hvilken betydning dette har for vurderingen etter forvaltningsloven § 41.*

Fylkesmannens henvisning til fvl § 41 er begrundet med at fylkesmannens tidligere feiltolking av forskriften i dette tilfellet ikke fikk betydning, da tiltaket uansett ikke falt innunder de tiltak som skal vurderes for konsekvensutredning etter forskriftens vedlegg II. I følge rundskriv T-2/00 pkt i om «Beregning av investeringsbeløp» er det tiltakshavers ansvar å fremskaffe så realistisk informasjon som mulig om tiltakets størrelse, kostnadstall eller andre forhold som er relevant for vurderingen. Vurderingen skal ta utgangspunkt i antatt investeringskostnad for det dyreste av de *aktuelle* alternativene. I henhold til rundskrivet er det kroneverdien av 21.05.1999, oppjustert i samsvar med byggeprisindeksen som skal legges til grunn for beregning av investeringsbeløpet. Det er ikke noe krav om at kostnadene skal oppjusteres i forhold til sannsynlig gjennomføringstidspunkt. En viss usikkerhet omkring senere endringer i kostnadsoverslaget må altså kunne aksepteres uten at dette medfører reversering av planprosessen.

Fylkesmannen fant det for øvrig ikke sannsynliggjort at kostnadsoverslaget ville overstige beløpsgrensen hverken på vurderingstidspunktene i hhv september 2003 og januar 2004 (revidert overslag) eller på tidspunktet for fylkesmannens behandling av klagen.

*2. Fylkesmannens syn på egen kompetanse med hensyn til prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt.*

Fylkesmannen mener at kompetansen er underlagt begrensninger. Som påpekt innledningsvis, regnes ikke avgjørelser i medhold av forskriften

som enkeltvedtak. Avgjørelsene må regnes som prosessledende og kan dermed heller ikke påklages. Fylkesmannens etterprøving vil dermed mer få preg av legalitetskontroll, dvs. kontroll av at saksbehandlingen forut for reguleringsvedtaket har vært forsvarlig og i henhold til regelverket. Spørsmålet om konsekvensutredningsplikt skal i denne typen saker avgjøres av Vegdirektoratet som ansvarlig myndighet, jf. forskriftens vedlegg II, pkt. II.2.1 (stamveier og nye veiforbindelser).

Vegdirektoratet konkluderte i brev datert 12.05.2004 til A med at tiltaket ikke utløser krav om konsekvensutredning etter forskriften vedlegg II.

Det fremgår av rundskriv T-2/00, merknader til forskriften § 8:

«Dersom tiltaket ikke faller inn under noen av kriteriene, avsluttes behandlingen etter bestemmelsene om konsekvensutredninger».

Det fremgår videre av rundskrivet, pkt. 2.9 om saksbehandlingsfeil og klage:

«Ansvarlig myndighets vurdering av konsekvensutredningsplikten er endelig, og kan ikke påklages eller bringes inn for Miljøverndepartementet for overprøving. (---)»

Det fremgår likevel at eventuelle feil ved ansvarlig myndighets vurdering vil kunne påklages som en saksbehandlingsfeil i forbindelse med godkjenning av reguleringsplan. Fylkesmannen har i dette tilfellet ikke funnet grunnlag for å konstatere vesentlige saksbehandlingsfeil i forbindelse med vurdering av konsekvensutredningsplikt, som dermed skulle kunne medføre konsekvenser for reguleringsvedtaket.

*3. Mer nøyaktig angivelse av tidspunkt for vurdering av konsekvensutredningsplikten (jf. Bilag A til rundskriv T-2/00). Eventuell sammenheng med fylkesmannens kompetansebegrensning.* Konsekvensutredningsplikten må nødvendigvis vurderes på et tidlig stadium i planprosessen, dvs. ved oppstart av planarbeidet, jf. plan- og bygningsloven (pbl) § 27-1 nr. 1. Det fremgår av forskriften § 8, 3. ledd:

«For tiltak hvor det skal utarbeides plan (fylkesplan, kommuneplan eller reguleringsplan) etter plan- og bygningsloven skal ansvarlig myndighet ta stilling til om tiltakshaver skal utarbeide konsekvensutredning, jf. forskriftens § 4, så tidlig som mulig og normalt før oppstart av planarbeid er gjort kjent etter plan- og bygningsloven § 20-5 første ledd, eller kunngjort etter § 27-1 nr. 1 annet ledd.»

Videre forskriften § 8 siste ledd:

«Hvis det kreves konsekvensutredning, skal den foreligge før planen eller søknaden sendes på høring eller legges ut til offentlig ettersyn, jf. plan- og bygningsloven § 33-6 siste ledd.»

Planoppstart ble meldt 06.02.2003. Offentlig høring ble gjennomført i perioden 29.10.2003 - 29.11.2003. Statens vegvesen opplyser at kostnadsoverslaget før utlegging til offentlig høring (pr 25.09.2003) var kr 122 mill., mens tiltaks-grensen i forskriften var kr 150 mill. Dersom fylkesmannen skulle krevd konsekvensutredning av tiltaket måtte dette blitt gjort i forbindelse med planoppstart, eller i høringsrunden, jf. fylkes-

mannens brev datert hhv 26.06.2003 med merknader til oppstartsmeldingen og brev datert 05.12.2003 med høringsuttalelse.

Kostnadsoverslaget var pr. januar 2004 kr 134 mill., basert på revidert reguleringsplanforslag. Dette kostnadsoverslaget innbefatter ifølge Statens vegvesen alle kostnader med gjennomføring av tiltaket innenfor planavgrensningen, herunder rundkjøring og fotgjengerundergang som ble tatt inn i det reviderte planforslaget etter offentlig høring, samt mudring og tildekking av bunn med duk/sand, planlegging og grunnerverv. Overslaget er basert på den kunnskap en hadde på det aktuelle tidspunktet. Overslaget ble endelig revidert pr 01.04.2004.

Følgende fremgår av bilag A pkt 1, s. 2 om investeringskostnader:

«Planavgrensningen for tiltaket og tilgjengelige kostnadsoverslag på det tidspunktet KU-plikten vurderes, er avgjørende.»

Plikten til å foreta konsekvensutredning skal avklares så tidlig som mulig. Både hensynet til tiltakshaveren og saksbehandlingen hos de offentlige myndighetene som skal ta stilling til om tiltaket skal tillates, tilsier dette.

Spørsmålet om konsekvensutredningsplikt var i realiteten avgjort før fylkesmannen fikk reguleringsvedtaket til klagebehandling. Om det senere skulle bli fremlagt andre, høyere kostnadsoverlag, er det i utgangspunktet ikke relevant.

---

#### 4. Eventuell betydning av nye faktiske omstendigheter. Sammenheng med synet på egen kompetanse.

Departementets retningslinjer i rundskriv T-2/00, pkt 2.9 om saksbehandlingsfeil og klage, tilkjenner at:

«(---)Eventuelle feil ved ansvarlig myndighets vurdering som fører til at utredningsplikt blir forsømt, vil være en saksbehandlingsfeil som kan gi grunnlag for klage på vedtaket som konsekvensutredningen skal ligge til grunn for, for eksempel vedtak av reguleringsplan, jf forvaltningsloven § 41. (---).»

Fylkesmannen tolker retningslinjene slik at denne typen saksbehandlingsfeil teoretisk sett kan medføre oppheving av reguleringsvedtaket som ugyldig grunnet forutgående saksbehandlingsfeil i vurderingen av konsekvensutredningsplikt. Den generelle regelen i fvl. § 34, 2. ledd, 1. setning (om klageinstansens kompetanse), er at fylkesmannen kan ta hensyn til nye omstendigheter. Også her vil fylkesmannen påpeke begrensningene i fylkesmannens overprøvsadgang mht konsekvensutredningsplikten, som avgjøres på et tidligere tidspunkt, basert på tilgjengelige opplysninger på avgjørelsestidspunktet. Fylkesmannens overprøvskompetanse antas som hovedregel å være begrenset til prøving av saksbehandlingsfeil i planprosessen. Etter forskriften avgjøres spørsmålet om konsekvensutredningsplikt av ansvarlig myndighet (her: Vegdirektoratet), etter innhenting av høringsinstansenes syn m.m. Fylkesmannen antar at han i klageomgangen ikke kan overprøve det materielle grunnlaget for ansvarlig myndighets avgjørelse om konsekvensutredningsplikt, eksempelvis ved faglig uenighet mellom ansvarlig myndighet og

ekstern konsulent. Fylkesmannen ser retningslinjene som er referert ovenfor, som en «sikkerhetsventil» for åpenbart feilaktige avgjørelser mht konsekvensutredningsplikt. Det foreligger etter fylkesmannens syn ikke nye faktiske omstendigheter som tilsier at Vegdirektoratets avgjørelse er i en slik kategori.

#### 5. Fylkesmannens syn på forholdet mellom begrensninger i egen kompetanse og bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd første punktum.

Spørsmålet er for så vidt kommentert i foregående punkt. Formelt sett har fylkesmannen anledning til å vektlegge nye omstendigheter. Spørsmålet om konsekvensutredningsplikt er imidlertid underlagt en egen offentlig saksbehandlingsprosess med et eget avgjørelsesorgan, noe som etter vårt syn medfører klare begrensninger i fylkesmannens overprøvsadgang, herunder anledningen til å ta hensyn til nye faktiske opplysninger som ikke forelå på tidspunktet for vurdering av konsekvensutredningsplikt. Betydningen og omfanget av slike nye omstendigheter må i tilfelle vurderes konkret og avveies i forhold til de motstridende interessene som gjør seg gjeldende, jf. fvl. § 35, første ledd bokstav c, jf. annet ledd.

#### 6. Justering av kostnadsoverslaget etter kroneverdien på tidspunktet for vurderingen av konsekvensutredningsplikt, jf. brev datert 17.11.2005 fra A.

I brevet stilles spørsmål ved om kostnadsoverslaget skal justeres til 2005-priser. Videre stilles spørsmål ved om kostnader til gassferger, planlagt næringskai og gasstanker skal medtas i beregningsgrunnlaget.

- for vurdering av KU-plikt:

Konsekvensutredningsplikten ble vurdert i hhv september 2003 og januar 2004 (revidert overslag). Kroneverdien på disse tidspunktene skal derfor legges til grunn, jf. pkt 3 ovenfor. Kroneverdien på tidspunktet for klagebehandlingen skal ikke legges til grunn for vurderingen av KU-plikt.

- næringskai og gasstanker på Langeneset:

Spørsmålet er besvart i Statens vegvesen v/ Vegdirektoratet sitt brev datert 12.05.2004 til A. Det fremgår at:

«Bygging av molo for skjerming av de nye naustene, nødvendig undervannsprengning i sjø, planering av området hvor gasstankene skal stå samt grøfter til gassledning inngår i kostnadsoverslaget. Selve gassanlegget og en eventuell kommunal kai er ikke ansett som en del av prosjektet.»

Fylkesmannen tar disse merknadene til etterretning og har ikke ytterligere kommentarer til dette punktet.

#### 7. Vurdering av trafikkprognoser.

Sivilombudsmannen stiller spørsmålet om fylkesmannen mener at vurderinger av trafikkprognoser og fremtidig kapasitetsbehov er underlagt det frie forvaltningsskjønn, jf. vedtaket av 04.05.2005.

Fylkesmannen uttalte i vedtaket:

«Fylkesmannen mener at dei vurderingane som Statens vegvesen og Os kommune har gjort med omsyn til trafikkprognoser, kapasitetsbehov og

val av ferjetype, ligg innanfor forvaltninga sitt frie skjønn.»

I totalvurderingen mener fylkesmannen det er et vesentlig moment at Stortingets vedtak om kyststamvei over Halhjem - Sandvikvåg, samt innføring av gassdrevne ferger, la visse føringar for det vidare planarbeidet. Prosjektet er omtalt i St.prp. nr. 1 (2004-2005), side 108, og er ansett for å være av nasjonal betydning. Fylkesmannen siterer fra proposisjonen (Programområde 21 Innenlands transport):

«Forutsetningen er at sambandene fra 01.01.2007 skal driftes med nye ferjer drevet med flytende naturgass (LNG). Dette er i tråd med Regjeringens målsetting om økt bruk av naturgass innenlands og en mer miljøvennlig ferje-flåte.»

De nye fergene nødvendiggjør bygging av ny kai. Trafikkprognosene er således bare en del av den skjønnsmessige totalvurderingen som ligger til grunn for godkjenning av planen. Os kommune uttaler i brev datert 05.04.2005 at trafikkprognosene ikke har påvirket kommunens vedtak om godkjenning av reguleringsplanen. Avgjørende for kommunen har vært å unngå uheldige situasjoner/trafikkproblemer som følge av eksisterende kapasitetsproblemer på sambandet. Fylkesmannen fastholder at den totalvurderingen kommunen som reguleringsmyndighet på denne bakgrunnen må foreta, er en del av forvaltningens frie skjønnsutøvelse. Det er ikke vurderinger av trafikkprognoser i seg selv som er underlagt fritt skjønn, men derimot de avveininger som må gjøres og konklusjoner som må trekkes på bakgrunn av faktiske forutsetninger og tilgjengelige opplysninger på vedtakstidspunktet.

Fylkesmannen har i utgangspunktet full overprøvelsesadgang, også av den frie skjønnsutøvelsen. Fylkesmannen mener på bakgrunn av sakens samlede opplysninger at kommunens reguleringsvedtak er tuftet på en forsvarlig skjønnsutøvelse. I utgangspunktet er det da etter vår mening ikke grunnlag for å konstatere ugyldighet på grunnlag av skjønnsutøvelsen.

Saker om arealdisponering er typisk saker der kommunens frie skjønnsutøvelse spiller en betydelig rolle. Det fremgår av fvl. § 34 annet ledd, tredje setning, at:

«Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.»

Fylkesmannens mulighet for å tilsidesette skjønnsutøvelsen begrenses i denne typen saker ytterligere av bestemmelsen i fvl. § 34 som er referert ovenfor.

*8. I hvilken grad det under klagebehandlingen er tatt hensyn til notat fra Siv.ing. Rakner AS.*

Klagerens anførsler om trafikkprognosene var heller ikke et sentralt tema i klagen av 06.07.2004. Det følger av fvl. § 34, 2. ledd, 1. setning, at klageinstansen kan ta hensyn til nye faktiske opplysninger som fremlegges.

Brevet ble ikke lagt fram for Os kommune eller Statens vegvesen, da disse instansene allerede hadde kommentert påstander om feil i trafikkprognosene, jf. brev datert 05.04.2005 fra Os kommune vedlagt notat fra Statens vegvesen. Av

hensyn til saksbehandlingstiden må fylkesmannen på et tidspunkt ta klagen opp til behandling, fortrinnsvis når saken er så godt opplyst som mulig, jf. fvl. § 17. Fylkesmannen mente på tidspunktet for klagebehandlingen at saken var opplyst i samsvar med lov og normal forvaltningspraksis.

Fylkesmannen merket seg forut for klagebehandlingen at Siv.ing. Rakner AS stilte spørsmål ved Statens vegvesens metode for beregning av såkalte ÅDT-tall, jf. notatet side 3, siste avsnitt: ---

Rakner AS har dermed dokumentert at beregning av ÅDT kan gjøres på forskjellige måter. Fylkesmannen har imidlertid ikke forutsetning for å konkludere med at den alternative metoden er bedre enn vegetatens egen metode, som er basert på årelang erfaring med denne typen prosjekter. Fylkesmannen har heller ikke grunnlag for å konstatere eller mistenke «manipulasjon med trafikkprognoser» slik det ble antydnet i klagen fra Norges Miljøvernforbund.

Hvis spørsmålet om ÅDT-tall hadde vært avgjørende for godkjenningen av reguleringsplanen, ville fylkesmannen sannsynligvis tatt nok en runde med godkjenningsmyndighetene om dette. Da spørsmålet om trafikkprognoser kun var et underordnet moment i en helhetlig skjønnsutøvelse, jf. merknadene ovenfor under pkt 7, fant fylkesmannen at det var forsvarlig å ta en avgjørelse i klagesaken uten å be de aktuelle myndighetene vurdere spørsmålet om trafikkprognoser på nytt.

*Avsluttende kommentarer fra fylkesmannen*

Selv om det ikke er gjennomført formell konsekvensutredning etter forskriften av 21.05.1999, er konsekvensene av tiltaket vurdert i den offentlige planprosessen forut for kommunens reguleringsvedtak. Fylkesmannen tør påstå at konsekvensene for miljø og samfunn er godt belyst i prosessen, med innhenting av relevante høringsuttalelser fra aktuelle myndigheter og privatpersoner.

I avveiningen av de motstridende interesse- ne, har kommunen som reguleringsmyndighet og fylkesmannen som klageinstans funnet at den samfunnsøkonomiske betydningen av utbyggingen veier tyngst i dette tilfellet, selv om det medfører et relativt stort naturinngrep i lokalmiljøet på Halhjem.»

### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Undersøkelsene herfra har i hovedsak rettet seg mot fylkesmannens myndighet/kompetanse ved prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt og noen av de faktiske forutsetningene for vedtaket for øvrig, herunder trafikkprognosene som er lagt til grunn.

#### *1. Fylkesmannens kompetanse ved prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt*

I foreleggelsen herfra ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for sitt syn på egen myndighet/kompetanse med hensyn til prøving av spørsmålet om konsekvensutredningsplikt.



Som det fremgår ovenfor, mente fylkesmannen at det foreligger klare begrensninger i hans kompetanse som klageinstans. I svarbrevet hit viste fylkesmannen bl.a. til at avgjørelser i medhold av konsekvensutredningsforskriften ikke er enkeltvedtak, men prosessledende avgjørelser som ikke kan påklages. Fylkesmannen uttalte at hans «etterprøving vil dermed mer få preg av legalitetskontroll, dvs. kontroll av at saksbehandlingen forut for reguleringsvedtaket har vært forsvarlig og i henhold til regelverket», og videre at «spørsmålet om konsekvensutredningsplikt var i realiteten avgjort før fylkesmannen fikk reguleringsvedtaket til klagebehandling. Om det senere skulle bli fremlagt andre, høyere kostnadsoverlag, er det i utgangspunktet ikke relevant».

Jeg deler ikke fylkesmannens syn på hans kompetanse i slike saker. Fylkesmannens kompetanse som klageinstans er regulert i forvaltningsloven § 34. Ifølge bestemmelsens annet ledd «kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter». Lovens hovedregel er altså at fylkesmannen fullt ut kan prøve både de rettslige, faktiske og skjønnsmessige sidene av vedtaket. Bestemmelsen gir ikke bare en adgang, men også en plikt til å prøve de sider av vedtaket som klagen gir grunn til. Dersom klageinstansens kompetanse skal begrenses, må det foreligge tilstrekkelige rettslige holdpunkter for dette.

Jeg vil i det følgende redegjøre nærmere for de enkelte sidene av prøvingsadgangen, med henblikk på den foreliggende saken.

### *1.1 Prøving av sakens rettslige sider*

Sakens rettslige sider kan prøves fullt ut av klageinstansen. Jeg oppfatter fylkesmannen slik at han er enig i dette, jf. fylkesmannens uttalelse om at prøvingen vil ha karakter av å være en legalitetskontroll.

Prøvingen av rettsanvendelsen omfatter blant annet kontroll med at saksbehandlingsreglene har vært fulgt, herunder plikten etter forvaltningsloven § 17 til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. Selv om det i slike saker er tiltakshaveren som har hovedansvaret for å fremskaffe informasjonen, fritar ikke dette forvaltningsorganet fra sin plikt til å sørge for at tilstrekkelige opplysninger foreligger før vedtak treffes. Jeg antar imidlertid at plikten etter § 17 i slike saker normalt vil være begrenset til å kontrollere at tiltakshaveren faktisk fremskaffer den nødvendige informasjonen.

Mangler ved de opplysningene tiltakshaver har fremskaffet, vil dermed etter omstendighetene kunne innebære at reguleringsvedtaket lider av en saksbehandlingsfeil. Om vedtaket i den foreliggende saken lider av en slik feil, gir undersøkelsene herfra ikke grunnlag for å uttale seg om.

### *1.2 Prøving av sakens faktiske sider*

Utgangspunktet er at fylkesmannen kan foreta en full prøving av sakens faktiske sider og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Spørsmålet om hvorvidt det skal tas hensyn til omstendigheter som ikke var kjent da kommunen traff sitt reguleringsvedtak, reiser særlige problemstillinger som behandles særskilt nedenfor. Først vil det bli redegjort for fylkesmannens kompetanse til å prøve de faktiske forutsetningene som lå til grunn for kommunens vedtak.

#### *1.2.1 Prøving av de faktiske forutsetningene som lå til grunn for kommunens vedtak*

I denne saken har innsigelsene mot de faktiske forutsetningene først og fremst knyttet seg til kostnadsoverslaget for tiltaket. Klagerne har anført at overslaget er urealistisk lavt og blant annet vist til artikkelen i Vegene og vi, der det het at «Kaiprojektet for gassferjene på E39 er i dag kostnadsrekna til 260 mill. kr.». Klagerne har også anført at fylkesmannen skulle foretatt en selvstendig vurdering av om kostnadene oversteg beløpsgrensen på kr 150 millioner i konsekvensutredningsforskriften.

I svarbrevet hit ga fylkesmannen uttrykk for at det kostnadsoverslaget som forelå ved opprinnelig vurdering av konsekvensutredningsplikten er avgjørende. Fylkesmannen uttalte at det i utgangspunktet ikke er relevant om det senere skulle bli fremlagt nye, høyere kostnadsoverlag. Det het i denne forbindelse at spørsmålet om konsekvensutredningsplikt i realiteten var avgjort før fylkesmannen fikk reguleringsvedtaket til klagebehandling. Til støtte for sitt syn viste fylkesmannen til konsekvensutredningsforskriftens ordlyd samt rundskriv T-2/00, og dessuten at hensynet til både tiltakshaveren og saksbehandlingen i forvaltningen tilsier at spørsmålet om konsekvensutredningsplikt avklares så tidlig som mulig.

Det er en fordel å få avklart dette spørsmålet tidlig i prosessen, særlig av hensyn til forutsigbarhet for tiltakshaveren. Likevel må det være klart at dette hensynet ikke kan begrunne en innskrenkning av fylkesmannens adgang til å prøve de faktiske forutsetningene for reguleringsvedtaket.

Så lenge det ikke er snakk om nye omstendigheter, kan jeg heller ikke se at hensynet til tiltakshaveren veier tungt. Det er tiltakshaveren som har hovedansvaret for å fremskaffe de nødvendige opplysningene som skal danne grunnlaget for vurderingen av konsekvensutredningsplikten. Da er det ikke urimelig at tiltakshaveren også bærer risikoen for at opplysningene kan være mangelfulle eller uriktige. I enkelte tilfeller vil dessuten forvaltningen mangle den nødvendige fagkunnskapen for å foreta en selvstendig vurdering av de faktiske forholdene, og vil dermed være avhengig av å kunne stole på den informasjonen som presenteres av tiltakshaveren.

En klar fordel ved å plassere denne risikoen hos tiltakshaveren, er at dette vil gi ham et incitament til å fremskaffe mest mulig korrekte og realistiske opplysninger tidlig i prosessen. Dersom klageinstansen ikke skal ha adgang til å prøve de faktiske forutsetningene, vil det i mange tilfeller innebære at tiltakshaveren vil være tjent med å presentere et urealistisk lavt overslag når konsekvensutredningsplikten skal vurderes. Dersom dette ikke kan prøves av klageinstansen, vil tiltakshaver, uten konsekvenser, kunne oppjustere dette etter at konsekvensutredningsplikt er vurdert i første instans. En slik løsning vil være klart uheldig og nærmest invitere til omgåelse av reglene om konsekvensutredningsplikt.

Forskriftens § 8 legger opp til at spørsmålet om konsekvensutredningsplikt skal avklares tidlig i prosessen og at en eventuell utredning skal foreligge før planen eller søknaden sendes på høring eller legges ut til offentlig ettersyn. Ettersom en eventuell utredning vil utgjøre en viktig del av grunnlaget for planmyndighetenes arbeid, tilsier praktiske hensyn at dersom konsekvensutredning er påkrevd, bør denne foreligge tidlig i planarbeidet.

Jeg kan imidlertid ikke se at verken konsekvensutredningsforskriften eller rundskriv T-2/00 klart gir uttrykk for at klageinstansen ikke skal foreta en selvstendig vurdering av de faktiske forutsetningene for planvedtaket, herunder forutsetninger av betydning for konsekvensutredningsplikten. Hvis så var tilfellet, ville det imidlertid ikke hatt avgjørende betydning, ettersom verken rundskriv eller forskrifter til plan- og bygningsloven kan innskrenke den kompetansen fylkesmannen er tillagt i forvaltningsloven § 34. Det følger av alminnelige trinnhøydeprinsipper at en slik innskrenkning eventuelt må fremgå av hjemmelsloven selv. Ordlyden i forskrift og rundskriv kan tenkes å ha betydning som tolkningsmoment i tilfeller der det er tvil om hvordan loven skal forstås. Slik tvil foreligger imidlertid ikke her.

Det er på denne bakgrunn klart at fylkesmannen har både rett og plikt til å prøve de faktiske forutsetningene for reguleringsvedtaket. Fylkesmannen må i denne forbindelse ta hensyn til at det i ettertid kan ha fremkommet opplysninger som indikerer mangler ved det faktum som lå til grunn for kommunens behandling. Jeg sikter ikke her til helt nye omstendigheter, men om en bedre belysning av de faktiske forhold som lå til grunn for kommunens vedtak. Det kan for eksempel tenkes at det opprinnelige kostnadsoverslaget inneholdt beregningsfeil eller opererte med urealistisk lave priser og derfor senere har blitt oppjustert. Dersom fylkesmannen kommer til at kommunens vedtak bygger på mangelfulle eller uriktige faktiske forutsetninger, vil dette kunne medføre at vedtaket må oppheves.

Fylkesmannen synes etter dette å ha begrenset sin kompetanse ved behandlingen av klagesaken i en grad som ikke er forenlig med forvaltningsloven § 34.

### 1.2.2 Spørsmålet om det skal tas hensyn til nye omstendigheter

Klagerne har blant annet anført at dårlig fjellkvalitet og behov for opprydding av miljøgifter ville medføre økte kostnader og at fylkesmannen måtte ta hensyn til dette under sin behandling av klagen.

Disse omstendighetene forelå allerede da kommunen behandlet saken og er derfor ikke «nye» i egentlig forstand. I forhold til spørsmålet om fylkesmannens prøvingskompetanse, er imidlertid det sentrale at forholdene ikke var kjent under førsteinstansbehandlingen, og dermed ikke utgjorde en del av de faktiske forutsetningene for vedtaket.

På denne bakgrunn ble fylkesmannen i brev herfra bedt om å redegjøre for hvilken betydning slike omstendigheter kan ha for spørsmålet om konsekvensutredningsplikt og for en eventuell sammenheng med synet på egen kompetanse.

I svarbrevet viste fylkesmannen til at han ifølge forvaltningsloven § 34 annet ledd *kan* ta hensyn til nye omstendigheter og uttalte: «Også her vil fylkesmannen påpeke begrensningene i fylkesmannens overprøvingsadgang mht konsekvensutredningsplikten, som avgjøres på et tidligere tidspunkt, basert på tilgjengelige opplysninger på avgjørelsestidspunktet. Fylkesmannens overprøvingskompetanse antas som hovedregel å være begrenset til prøving av saksbehandlingsfeil i planprosessen». Det ble også i denne forbindelse vist til konsekvensutredningsforskriftens ordlyd og rundskriv T-2/00. Videre ble det uttalt: «Spørsmålet om konsekvensutredningsplikt er imidlertid underlagt en egen offentlig saksbehandlingsprosess med et eget avgjørelsesorgan, noe som etter vårt syn medfører klare begrensninger i fylkesmannens overprøvelsesadgang, herunder anledningen til å ta hensyn til nye faktiske opplysninger som ikke forelå på tidspunktet for vurdering av konsekvensutredningsplikt».

Jeg deler ikke fylkesmannens syn på adgangen til å ta hensyn til nye faktiske opplysninger. Hensynet til forutsigbarhet for tiltakshaver veier riktignok tyngre når det er spørsmål om å ta hensyn til slike omstendigheter enn i tilfeller der de faktiske forutsetningene som lå til grunn for kommunens vedtak viser seg å være feil. Det vil særlig kunne oppleves som urimelig dersom de nye omstendighetene vanskelig kunne vært forutsett av tiltakshaver og han risikerer å pådra seg utgifter og forsinkelser ved at planprosessen reverseres. På den annen side vil det, blant annet på bakgrunn av tiltakshaverens interesse i å gjennomføre tiltaket, normalt være mest naturlig å la ham bære risikoen for slike omstendigheter. Alternativet vil være at risikoen legges over på miljøet og omgivelsene, ved at det, uten nærmere utredninger, iverksettes et tiltak som har et slikt omfang at det omfattes av reglene om konsekvensutredningsplikt. Dessuten vil en plassering av risikoen hos tiltakshaveren gi ham en oppfordring til å foreta grundige un-

dersøkelser på et tidlig tidspunkt, og kan således bidra til sakens opplysning.

Det er vanskelig å se at det finnes rettskildemesig grunnlag for å se bort fra slike omstendigheter under klagebehandlingen. Ifølge forvaltningsloven § 34 annet ledd kan det tas hensyn til nye omstendigheter. Ettersom formålet er å sikre at klageinstansens vedtak blir truffet på et mest mulig korrekt faktisk grunnlag, må bestemmelsen forstås slik at det ikke er adgang til å se bort fra relevante omstendigheter som foreligger på det tidspunktet vedtak skal treffes i klagesaken. Klageinstansen har som hovedregel ikke bare rett, men også plikt til å ta hensyn til slike omstendigheter.

Jeg kan heller ikke i forhold til dette spørsmålet se at forskriften eller rundskrivet gir klar anvisning på en regel som avviker fra forvaltningsloven. Som nevnt ovenfor, ville dette uansett ikke hatt avgjørende betydning, ettersom lovens regel etter alminnelige trinnhøydeprinsipper vil måtte legges til grunn dersom det foreligger motstrid.

Regelen om det skal tas hensyn til nye relevante omstendigheter i klagebehandlingen, bidrar dessuten til å realisere formålet med bestemmelsene om konsekvensutredninger. I plan- og bygningsloven § 33-1 annet ledd heter det: «Formålet med bestemmelsene er at hensynet til miljø, naturressurser og samfunn blir tatt i betraktning under forberedelsen av planen eller tiltaket, og når det tas stilling til om ... planen eller tiltaket kan gjennomføres» (min utheving). Det følger altså av loven at hensynet til miljø, naturressurser og samfunn ikke bare skal tas i betraktning under forberedelsen av planen, men også når det tas stilling til om planen kan gjennomføres. Det er dette spørsmålet fylkesmannen som klageinstans tar endelig stilling til i klagesaken. Det ville da samsvare dårlig med konsekvensutredningsreglernes formål om fylkesmannen skulle se bort fra eventuelle omstendigheter som viser at tiltaket er av et slikt omfang at det ifølge reglene ikke kan gjennomføres uten konsekvensutredning. Det kan i denne forbindelse ikke ha noen avgjørende betydning at de aktuelle omstendighetene ikke var kjent under kommunens behandling av saken. Dersom tiltaket er av et slikt omfang at det ifølge reglene skal konsekvensutredes, må fylkesmannen ta hensyn til dette. Ellers vil ikke hensynet til miljø, naturressurser og samfunn bli ivaretatt som angitt i plan- og bygningsloven § 33-1 annet ledd.

Bestemmelsene om konsekvensutredninger i plan- og bygningsloven kapittel VII-a er basert på og gjennomfører EUs rådsdirektiv 85/337/EØF (samt senere endringsdirektiv 97/11/EF). Direktivet har dermed betydning for forståelsen av plan- og bygningslovens bestemmelser. I artikkel 2 nr. 1 heter det at «Medlemsstatene skal treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at prosjekter som sannsynligvis vil få betydelige miljøvirkninger, bl.a. på grunn av prosjektets art, dimensjoner eller plassering, underkastes et krav om utbyggingstillatelse og en vurdering med

hensyn til innvirkningen før tillatelse blir gitt.» Før tillatelse blir gitt, skal det altså sikres at de aktuelle tiltakene underkastes krav om utredning. Hvis fylkesmannen skulle se bort fra at det før tillatelsen/planen er endelig stadfestet har fremkommet opplysninger som viser at tiltaket omfattes av reglene om konsekvensutredning, ville dette samsvare dårlig med direktivets krav om å sikre at tiltaket underkastes de nødvendige utredningskrav.

At klageinstansen skal ta hensyn til nye relevante omstendigheter, harmonerer også best med bestemmelsen i Grunnloven § 110 b. Ifølge bestemmelsens forarbeider, Innst. S. nr. 163 (1991-92) s. 6, inneholder den en grunnlovsfesting av flere viktige miljørettslige prinsipper, herunder «integrering av miljøhensyn i beslutningsprosesser». Videre heter det at bestemmelsen «sikrer informasjonsretten i miljøspørsmål, herunder også det viktige miljørettslige prinsippet om utredning av miljøkonsekvensene ved aktuelle tiltak». I innstillingen har således komiteen understreket viktigheten av at aktuelle tiltak konsekvensutredes og uttalt at bestemmelsen innebærer en grunnlovsfesting av prinsippet om at miljøhensyn skal integreres i beslutningsprosesser. Komiteen uttalte dessuten at grunnlovsfestingen vil «være et viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for». Det harmonerer dårlig med disse uttalelsene om fylkesmannen under klagebehandling av et reguleringsvedtak skal se bort fra at tiltaket er omfattet av reglene om konsekvensutredning.

På denne bakgrunn mener jeg at fylkesmannen ikke kan la være å ta hensyn til nye omstendigheter av betydning for konsekvensutredningsplikten under sin klagebehandling av reguleringsvedtaket. Fylkesmannen har i klagesaksvedtaket lagt til grunn en uriktig oppfatning av egen kompetanse på dette punktet.

### *1.3 Prøving av sakens skjønnsmessige sider*

Med den presiseringen som fremgår av forvaltningsloven § 34 annet ledd, siste setning, skal fylkesmannen foreta en full prøving av sakens skjønnsmessige sider. Presiseringen i siste setning vil ofte ha stor betydning i reguleringssaker - særlig gjelder dette vurderinger knyttet til arealdisponering.

Den foreliggende saken gir imidlertid ikke grunn til nærmere å kommentere fylkesmannens adgang til å prøve skjønnsvurderinger. Det sentrale spørsmålet i forhold til konsekvensutredningsplikt, vil i første omgang være om tiltakets investeringskostnader overstiger kr 150 millioner. Slik dette vilkåret er utformet, gir det ikke noe rom for utøvelse av skjønn.

## *2. Andre forhold av betydning for spørsmålet om konsekvensutredningsplikt*

I punkt 6 i foreleggelsen herfra ble fylkesmannen stilt spørsmål om enkelte forhold som kunne tenkes

å ha betydning for spørsmålet om konsekvensutredningsplikt. Når det gjelder spørsmålet om kroneverdi, synes det å samsvare best med prinsippene jeg har redegjort for ovenfor at en eventuell ny beregning av kostnader i forbindelse med klagebehandlingen tar utgangspunkt i verdien på tidspunktet for den fornyede beregningen.

For øvrig tar jeg fylkesmannens svar på spørsmålene i punkt 6 til etterretning og har ikke funnet grunnlag for å rette noen avgjørende rettslige innvendinger mot dem.

### 3. Prøving av trafikkprognoser og beregnet behov for parkeringsplasser

I foreleggelsen herfra ble det stilt spørsmål om fylkesmannen mente at vurderinger av slike prognoser er underlagt det såkalte frie forvaltningsskjønn.

I fylkesmannens svarbrev hit het det: «Fylkesmannen fastholder at den totalvurderingen kommunen som reguleringsmyndighet på denne bakgrunnen må foreta, er en del av forvaltningens frie skjønnsutøvelse. Det er ikke vurderinger av trafikkprognoser i seg selv som er underlagt fritt skjønn, men derimot de avveininger som må gjøres og konklusjoner som må trekkes på bakgrunn av faktiske forutsetninger og tilgjengelige opplysninger på vedtakstidspunktet».

Svaret gir grunn til en viss usikkerhet om hvorvidt fylkesmannen har lagt til grunn en riktig oppfatning av egen kompetanse som klageinstans. Prognoser for fremtidig trafikk og behov for parkeringsplasser utgjør en del av vedtakets faktiske forutsetninger, selv om det kan knytte seg usikkerhet til beregningene. Bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd, siste setning om vektlegging av hensynet til det kommunale selvstyret kommer dermed ikke til anvendelse. Det har i denne sammenheng ingen betydning at prognosene danner grunnlaget for avveininger som hører inn under det frie forvaltningsskjønn. Det er et grunnleggende prinsipp at de faktiske forutsetningene for skjønnet er gjenstand for full prøving - både av administrativt klageorgan og av domstolene. Det vil imidlertid likevel i enkelte tilfeller kunne være slik at kommunale organer er best skikket til å vurdere de faktiske forutsetningene. I så fall vil fylkesmannen kunne ta hensyn til det i sin prøving av vedtaket, men dette innebærer ingen begrensning i fylkesmannens *rettslige* prøvingskompetanse.

I svarbrevet het det dessuten: «Hvis spørsmålet om ÅDT-tall hadde vært avgjørende for godkjenningen av reguleringsplanen, ville fylkesmannen sannsynligvis tatt nok en runde med godkjenningmyndighetene om dette. Da spørsmålet om trafikkprognoser kun var et underordnet moment i en helhetlig skjønnsvurdering, jf. merknadene ovenfor under pkt 7, fant fylkesmannen at det var forsvarlig å ta en avgjørelse i klagesaken uten å be de aktuelle myndig-

hetene vurdere spørsmålet om trafikkprognoser på nytt».

Fylkesmannens begrunnelse kan her minne om et sirkelresonnement. Dersom prognosene hadde vært annerledes, kan det tenkes at de ville blitt tillagt en annen betydning. I den grad det er tvil om prognosene er riktige, kan man derfor ikke unnlate å foreta nærmere undersøkelser under henvisning til at de tvilsomme prognosene var et underordnet moment i kommunens skjønnsvurdering.

Hvorvidt det er grunn til å ta «nok en runde» om prognosene, må avgjøres med utgangspunkt i plikten etter forvaltningsloven § 17 til å sørge for en tilstrekkelig opplysning av saken før vedtak treffes. Etter lovens § 33 første ledd har fylkesmannen en selvstendig plikt til å sørge for slik opplysning ved sin behandling av klagesaken. Ved vurderingen av om det er nødvendig å foreta nærmere undersøkelser, vil det blant annet ha betydning hvor stor usikkerhet som knytter seg til prognosene, i hvilken grad nærmere undersøkelser kan antas å avklare usikkerheten og hvilken betydning resultatet av eventuelle undersøkelser antas å kunne få for utfallet av klagesaken.

Jeg har ikke de nødvendige forutsetningene for å mene noe om selve prognosene eller om de innvendingene som fremkommer i notatet fra Siv.ing. Rakner AS. Det sentrale er imidlertid at fylkesmannen må foreta en forsvarlig prøving av vedtakets faktiske forutsetninger i den utstrekning klagen gir grunn til det. Fylkesmannens svarbrev hit etterlater en viss tvil med hensyn til om dette er gjort.

### 4. Konklusjon

Som det fremgår ovenfor, mener jeg at fylkesmannen har lagt en uriktig oppfatning av egen kompetanse til grunn for sitt vedtak. Jeg er dessuten i tvil om det er foretatt en tilstrekkelig prøving av de faktiske forutsetningene for vedtaket.

Fylkesmannen bes vurdere sitt vedtak i lys av det som fremgår ovenfor. Etter det jeg har fått opplyst, er det aktuelle tiltaket allerede gjennomført. Jeg overlater derfor til fylkesmannen å vurdere i hvilken grad det har noen hensikt å ta opp saken til fornyet behandling.

Det bør dessuten presiseres at jeg med denne uttalelsen ikke har gitt uttrykk for noe standpunkt til hvorvidt tiltaket omfattes av reglene om konsekvensutredningsplikt.

Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens videre håndtering av saken.»

## 95.

**Tolkning av en reguleringsplans bestemmelser om støyskjerming**

(Sak 2007/334)

*Saken gjelder tolkning av en reguleringsplans bestemmelser om støyskjerming. Reguleringsbestemmelsenes ordlyd tilsa at det var påkrevd med terrengheving, og klagerne mente at bestemmelsene måtte legges til grunn etter sin ordlyd. Ombudsmannen vurderte om det kunne være grunnlag for å legge avgjørende vekt på formålsbetraktninger og anse støyskjermer som tilstrekkelig etter planen.*

*Kommunens og fylkesmannens oppfatning om at det var tilstrekkelig å bygge støyskjermer måtte etter ombudsmannens syn kritiseres, og fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.*

Skien kommune ga tillatelse til oppføring av to eneboliger. I vedtaket ble det også gitt tillatelse til oppføring av støyskjermer mellom boligene og trafikkanlegget på Menstadbrua. Eiendommene omfattes av reguleringsplan for Menstadbrua og boligene var søkt oppført i et område som i planen var vist som «Område for terrengbehandling mot veitrafikkstøy». På planen var eiendommene benevnt som Ø2, og lå mellom Menstadbrua og klagerens bolig.

Reguleringsbestemmelsene pkt. 6.3 «Område for terrengbehandling mot vegtrafikkstøy» lød:

«Innenfor område markert med skravur og betegnelsene «Ø 1» og «Ø 2» skal terrenget heves til ca. kote 33 med sikte på å gi en funksjon som støyskjerm mellom trafikkanlegget til Menstadbrua og boligene østenfor.

Om nødvendig må det anlegges støttemur for å oppnå tilstrekkelig høyde/støydempingseffekt. (Jfr. tilrådingene fra støyutredningen, bilag 9).

Terreng-tiltaket skal inngå som en del av veganlegget og ferdigstilles sammen med dette.

Delområde for terrengbehandling mot trafikkstøy med betegnelse «Ø 2» og gul markering kan bygges med bolig dersom det ved beregninger kan dokumenteres tilfredsstillende forhold m.h.t. vegtrafikkstøy.

Om nødvendig skal det anlegges tilstrekkelige støyskjermingstiltak for boligen mot trafikkanleggene (i forhold til Miljøverndep.'s retningslinjer m.h.t. vegtrafikkstøy.

Støyberegninger skal være utført av fagkyndige.

Skjermingstiltak skal vises på situasjonsplanen, godkjennes av bygningsrådet og ferdigstilles samtidig med boligen (I tillegg gjelder de andre bestemmelsene og krav vedr. boligbebyggelse).

Tilrådingen i støyutredningen ved A/S Miljøplan (omtalt som «bilag 9») punkt 3.2 lød:

*«Voll mellom ...veien og ... vei.*

*Det er regnet med en oppfylling i skråningen mellom ... og rundkjøringen øst for broa. Dermed vil støynivået bli redusert med 6-9 dB for de husene som ligger bak. Det er ikke tenkt at det*

*skal bygges opp noen voll, bare at det skal planeres opp til kote 33 fram til 25-30 meter foran ...»*

Klagerens advokat henvendte seg til kommunen og hevdet at de planlagte støyskjermerne ikke oppfylte reguleringsplanens krav til trafikkstøyskjerming. Advokaten gjorde gjeldende at kravet til terrengbehandling var absolutt.

Klagen ble behandlet i kommunens hovedutvalg. Klagen ble ikke tatt til følge. Kommunen ved byutviklingsavdelingen foretok i brev til Fylkesmannen i Telemark følgende vurdering av spørsmålet om støyskjerming:

«Advokaten skriver også at kravet til terrengbehandling er absolutt.

Dette stemmer ikke. Både reguleringsplanen og reguleringsbestemmelsene angir heving av terreng til ca. kote 33.

Dette er en spesialbestemmelse i reguleringsplanen fordi området ligger støyutsatt til.

Formålet med bestemmelsen var å påpeke at ved bygging på stedet vil det måtte gjøres spesielle støydempingstiltak. I denne saken er det planlagt støydempingstiltak uten at terrenget heves, men med støyskjerm opp til kote 32. Denne støydempingsmåten gir tilfredsstillende støydemping, og den er godkjent av vegvesenet.

Vi mener derfor at reguleringsplanens krav til støydemping er oppfylt.

Advokaten skriver også at samtidighetskravet til oppfylling ble frafakt grunnet budsjettoverskridelser. Dette er forhold som vi ikke kjenner til, og har derfor ingen kommentar».

Fylkesmannen i Telemark traff vedtak i klagesaken 17. januar 2007. Fylkesmannen mente følgende om spørsmålet om terrengoppfylling var påkrevd:

«Når det gjelder oppfylling av terreng er dette angitt som en cirka bestemmelse for å oppnå tilstrekkelig støyskjerming og kan ikke oppfattes som et absolutt krav om oppfylling til kote 33. Det går fram av utskriften fra behandling av klagen i hovedutvalget at vegvesenet har godkjent de planlagte støyskjermingstiltak slik at kravet i pkt. 6.3 i reguleringsbestemmelsen om at det kan dokumenteres tilfredsstillende forhold mht vegtrafikkstøy er oppfylt. Dette gjelder krav som stilles i tilknytning til de planlagte boliger. Det må antas at selve boligene også vil gi en ytterligere støydempende effekt på de bakenforliggende boliger når det gjelder trafikkstøy fra Menstadbrua.»

Klagerne henvendte seg til ombudsmannen. De anførte at reguleringsbestemmelsene tydelig viser at området Ø2 er regulert til «spesialområde for terrengbehandling mot vegtrafikkstøy» samtidig som de presiserte at bestemmelsen også inneholder et samtidighetskrav. Videre vedla de et «bilag 9», som ifølge reguleringsbestemmelsene punkt 6.3 tredje avsnitt, er «tilrådingene fra støyutredningen». Det fremgår av punkt 3.2 at det er tenkt «at det skal planeres ut opp til kote 33 fram til 25-30 meter foran ...». Klagerne fremhevet at det står at terrenget skal planeres til kote 33 og at bestemmelsen derfor ikke

er en «ca-bestemmelse». De mente at støyutredningen måtte forstås «som et vedlegg for dokumentasjon for hvorledes reguleringsplanen skal forstås med hensyn til terrengoppfyllingen og burde vært skrevet direkte i denne, og dermed er det utenfor enhver tvil om hvordan terrenghevingen skal fremføres og når tiltaket skulle ha vært ferdigstilt». Videre mente de at fylkesmannens uttalelse om at boligene ville gi en støydempende effekt på de bakenforliggende boligene vitnet om «et slett skjøn» ved at det bebygges boliger foran eksisterende boliger for å redusere støyen for disse. Klagerne konkluderte med at terrengoppfyllingen som beskrevet i reguleringsbestemmelsen ikke kan frafalles uten reguleringsendring. De viste til slutt til at trafikkmengden har økt de senere år.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere med Fylkesmannen i Telemark. Fra foreleggeselsbrevet siteres:

«Klagerne kommer imidlertid også tilbake til spørsmålet om trafikkstøyskjerming, og det er funnet grunn til å undersøke denne siden av saken nærmere med fylkesmannen. Det fremgår av klagen med vedlegg at forholdet til reguleringsplanens bestemmelser om støyskjerming har vært vurdert både av Skien kommune og av fylkesmannen, jf. fylkesmannens vedtak 17. januar 2007.

Reguleringsplanens pkt. 6.3. har overskriften «Område for terrengbehandling mot vegtrafikkstøy» og i bestemmelsens første avsnitt står det at terrenget skal «heves til ca. kote 33 med sikte på å gi en funksjon som støyskjerm mellom trafikkanlegget til Menstadbrua og boligene østenfor». I avsnitt tre er det vist til tilrådingen fra støyutredningen, bilag 9. Fylkesmannen har i vedtakets siste punkt vurdert om reguleringsplanen med dette stiller et absolutt krav om terrengheving til ca. kote 33, og konkludert med at så ikke er tilfelle. Fylkesmannen har lagt vekt på at Statens vegvesen «har godkjent de planlagte støyskjermingstiltak slik at kravet i pkt. 6.3 i reguleringsbestemmelsen om at det kan dokumenteres tilfredsstillende forhold m.h.t. vegtrafikkstøy er oppfylt». Vi forstår det slik at nevnte «planlagte støyskjermingstiltak» er en støyskjerm, jf. kommunens brev 4. januar 2007 til fylkesmannen, der kommunen skriver at det er planlagt støydempingstiltak «uten at terrenget heves, men med støyskjerm opp til kote 32». Klagerne er uenige i at støyskjerm er godt nok, og mener at reguleringsbestemmelsene må følges, slik at terrenget heves til kote 33.

Ombudsmannen uttalte i brevet 9. november 2004 at det sentrale måtte være å sikre at de bakenforliggende boligene oppnår en tilfredsstillende støyskjerming og at en terrengheving til (bare) rundt kote 30 formentlig kunne godkjennes dersom tilfredsstillende skjerming kunne oppnås ved denne høyden. Ombudsmannen vurderte ikke om støyskjermer kunne tillates etter planen. Selv om *formålet* med planen, å oppnå tilfredsstillende støyskjerming, naturlig nok må tillegges betydelig vekt, kan det stilles spørsmål om man kan sette bestemmelsenes *ordlyd* til side. Reguleringsbestemmelsene taler om *terrengheving*. Det vises i denne sammenheng også til reguleringsplanens henvisning til «tilrådingen

fra støyutredningen, bilag 9» der det man har regnet med oppfylling/planering opp til kote 33, og ingen voll. Fylkesmannen bes mot denne bakgrunn om å redegjøre nærmere for hvorfor skjerm anses tilstrekkelig til tross for at pkt. 6.3 forutsetter terrengheving. Dersom vegvesenets vurdering, som fylkesmannen synes å ha lagt stor vekt på, foreligger skriftlig, bes denne oversendt hit. Hvor høy er skjermen planlagt å være? Fylkesmannen bes også kommentere klagerens anførsel om at «det må nødvendigvis være en vesentlig endring av reguleringsplanen om terrengtiltaket skulle falle bort og vil kreve en eventuell reguleringsendring».

Klagerne anfører også at trafikkøkningen har økt betydelig etter at planen ble vedtatt. Har fylkesmannen kommentarer til klagerens påstand om at det har vært en trafikkøkning på 37,5%, og at dette er høyere enn prognosen viste i 1998? Hvilken betydning får i så fall dette mht høyden på støyavskjermingen?»

Fylkesmannen svarte at hun oppfattet reguleringsbestemmelsen slik at «terrengheving i seg selv ikke er det primære mål, men selve støydempingseffekten ved terrenghevingen». Fylkesmannen påpekte at tiltakene må ha en støydempingseffekt i samsvar med retningslinjene mht vegtrafikkstøy, jf. uttrykket «om nødvendig» i reguleringsbestemmelsen og at disse tiltakene skal settes i verk av hensyn til boligene bakenfor området Ø2. Fylkesmannen skrev videre:

«Så lenge effekten av tiltakene er det sentrale vil en endring av type tiltak fra terrengoppfylling til støyskjerm - etter Fylkesmannens oppfatning - ikke være en slik vesentlig endring av reguleringsplanen som krever reguleringsendring selv om terrengheving for støydemping vil være langt mer omfattende og arealkrevende tiltak enn en ordinær støyskjerm.

Videre heter det i reguleringsbestemmelsen at området «Ø2» kan bebygges «dersom det ved beregninger kan dokumenteres tilfredsstillende forhold m.h.t. vegtrafikkstøy.» For disse boligene kan det om nødvendig anlegges tilstrekkelige støyskjermingstiltak. Tiltakene i reguleringsbestemmelsen står ikke på egne bein i den forstand at skjermingstiltakene må fastsettes i forhold til gjeldende retningslinjer.

I samsvar med dette søkte HRL Entreprenør AS i brev 27.03.06 til Statens vegvesen om å sette opp en støyskjerm mot riksvei 36. Vedlagte tegninger viser topp støyskjerm til kote 32. Det er vist til brev 14.03.06 fra Statens vegvesen hvor det bl.a. er redegjort for nye retningslinjer for bolig nær støykilde.

I brev 04.04.06 til HRL Entreprenør AS har Statens vegvesen for så vidt godkjent tiltaket i det de ikke har motforestillinger til tiltaket. Beregninger om tilfredsstillende dokumentasjon m.h.t. veitrafikkstøy forutsettes å være gjort ved denne godkjenningen.

I et avisoppslag i Varden 10.06.06 heter det at trafikken i Telemark steg med 37,4 % - 5,5 ganger mer enn en prognose om trafikken som ble laget i 1994. Det er hevdet fra klagerne at en slik trafikkøkning er et meget viktig moment i saken. Etter Fylkesmannens syn har et slikt avisoppslag ikke noen umiddelbar virkning for denne saken, men må i tilfelle tas konkret opp med vegvesenet».

Klagerne kom tilbake til saken. De fastholdt at reguleringsplanens ordlyd var så klar at planen ikke kunne oppfylles med støyskjerm. De viste igjen til bilag 9 og mente at «en endring av type tiltak fra terrengoppfylling til støyskjerm [er] av en slik karakter at det uten tvil sorterer under vesentlige endringer i reguleringsplanen». Videre mente de at formålet bak planbestemmelser «skal tydelig komme fram i beskrivelsen for utførelse av reguleringsplaner». De forutsatte at planens forfattere «ville ha uttrykt seg annerledes i planens ordlyd, hvis hensikten var kun for å tilrettelegge for formålet». Videre viste de til tredje avsnitt i brevet fra fylkesmannen, og anførte at dokumentasjon for tilfredsstillende forhold mht vegtrafikkstøy selvfølgelig må legges frem etter at terrengoppfyllingen har funnet sted. Klagerne mente for øvrig at trafikkøkningen klart hadde innvirket på støybelastningen i deres boligområde og at fylkesmannen derfor burde «avdokumentere støyøkningen hvis den ikke skulle ha virkning for saken, slik han hevder». De konkluderte med at reguleringsbestemmelsens omtale av områdene Ø1 og Ø2 klart forutsatte at disse er regulert til spesialområder, at nåværende kote 30 skal terrengheves til kote 33 og at Ø2 kan bebygges *dersom* det kan dokumenteres tilfredsstillende forhold med hensyn til vegtrafikkstøy.

Fylkesmannen kommenterte klagerens anførsler. Fra brevet siteres:

«I brevet er kommentert følgende utsagn i Fylkesmannens brev 30.05.2007: «Tiltakene i *reguleringsbestemmelse* står ikke på egne bein i den forstand at skjermingstiltakene må fastsettes i forhold til gjeldende retningslinjer.»

I dette brevet er det vist til reguleringsbestemmelsene under pkt. 6.3 at delområdet Ø2 kan bebygges med bolig dersom det ved beregninger kan dokumenteres tilfredsstillende forhold m.h.t. vegtrafikkstøy. Videre heter det i bestemmelsene: «*Om nødvendig skal det anlegges tilstrekkelige støyskjermingstiltak for boligen mot trafikkanleggene (i forhold til Miljøverndepartementets retningslinjer m.h.t. vegtrafikkstøy)*».

Når Fylkesmannen bruker uttrykket «ikke står på egne bein» siktes til det forhold at omfanget av tiltaket reguleres av regler som ikke er tatt inn i selve reguleringsbestemmelsen. I de fleste tilfeller er de fysiske krav til tiltakene tatt inn i selve reguleringsbestemmelsen.

I brevet av 04.06 er det påstått at støyskjermingsdokumentasjonen skal legges fram etter terrengoppfyllingen har funnet sted. Dette er ikke Fylkesmannen enig i. Rent teknisk kan kravet til en tilstrekkelig støyskjerming fastslås uten at det er foretatt en oppfylling på forhånd. Forøvrig er kravet til oppfylling av områdene Ø1 og Ø2 ikke presist angitt. Ut fra formålsbetraktninger må kravet til oppfylling oppfattes som en oppfylling av tomtens ytterkant mot støykilden. Dersom hele tomta på 1500 m<sup>2</sup> skulle fylles opp fra kote 30 til kote 33 ville det kreve opptil 4500 m<sup>3</sup> med masse eller ca. 450 billass. Dette ville være et helt urealistisk krav.»

Klagerne gjentok og utdypet deretter sitt syn på tolkingen av reguleringsplanens bestemmelser om terrengheving.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken gjelder tolking av reguleringsbestemmelser. Spørsmålet er om det er påkrevd med terrengheving eller om det er tilstrekkelig å sette opp en støyskjerm. Etter reguleringsplanens ordlyd «skal terrenget heves til ca kote 33 med sikte på å gi en funksjon som støyskjerm mellom trafikkanlegget til Menstadbrua og boligene østenfor». Fylkesmannen mener det er tilstrekkelig å bygge en støyskjerm. Til støtte for sitt syn viser fylkesmannen til formålsbetraktninger. Hun mener at det sentrale må være å sikre at de bakenforliggende boligene oppnår en tilfredsstillende støyskjerming, og at måten dette gjøres på følger er av underordnet betydning.

Klagerne mener at det ikke er rettslig adgang til å legge så stor vekt på formålsbetraktninger. De mener at reguleringsbestemmelsene er så klare at de må legges til grunn.

Som klagerne har påpekt, bør reguleringsplaner gis et klart og entydig innhold. Planer som kan forstås på flere måter, skaper unødvendig usikkerhet med påfølgende konflikter. Som ved lovtolking er det ved tolkingen av reguleringsbestemmelser naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden. Spørsmålet er hva bestemmelsen rent språklig sier. Også andre rettskildefaktorer kan imidlertid tillegges betydning.

Det er reguleringsbestemmelsenes punkt 6.3 første, annet og tredje ledd som er de mest sentrale. Det fremgår av første del av første ledd at terrenget skal heves til ca. kote 33. Samtidig står det at formålet med å heve terrenget er at det skal fungere som støyskjerm («med sikte på gi en funksjon som støyskjerm»). Formålet med bestemmelsen er m.a.o. å sikre boligene mot trafikkstøy. Bestemmelsen synes ikke å være gitt av andre grunner, for eksempel estetiske.

En naturlig forståelse av reguleringsbestemmelsene er, slik jeg ser det, at det vil være i strid med reguleringsplanen å nøye seg med støyskjermer, når det i reguleringsbestemmelsene uttrykkelig kreves terrengheving. I reguleringsbestemmelsene er det også et samtidighetskrav, jf. tredje ledd i 6.3 om at «terreng-tiltaket skal inngå som en del av veganlegget og ferdigstilles sammen med dette». Jeg er ikke kjent med når trafikkanlegget til Menstadbrua sto ferdig, men legger til grunn at dette skjedde for flere år siden.

Jeg må etter dette be fylkesmannen om å vurdere sitt standpunkt på nytt. Fylkesmannen bør klarlegge hva som var bakgrunnen for at terrenget ikke ble hevet da trafikkanlegget ble ferdigstilt. Hvorvidt det kan være grunnlag for nå å dispensere fra reguleringsplanens krav om terrengheving, har ikke vært

undersøkt herfra, og jeg finner ikke grunn til å ha noen mening om dette nå.

Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

## Konsesjon, boplikt, forurensning, dyrevern

### 96.

#### Behandlingen av habilitetsspørsmål i en mindre kommune – sak om opphevelse av konsesjonsvilkår

(Sak 2005/984)

*Fylkeslandbruksstyret stadfestet kommunens avslag på en søknad om opphevelse av et konsesjonsvilkår. Søkeren brakte saken inn for Sivilombudsmannen. I klagen til ombudsmannen ble det bl.a. reist spørsmål om habiliteten til et av medlemmene av kommunens plan- og ressursutvalg.*

*Ombudsmannen mente at utvalgsmedlemmet var inhabilt og ikke skulle ha deltatt i behandlingen og avgjørelsen av saken. Det ble blant annet vist til at avslaget ikke var begrunnet og gikk imot landbruksjefens innstilling, og til sammenhengen mellom habilitetsreglene og de alminnelige kravene til forsvarlig saksbehandling. Fylkeslandbruksstyret ble bedt om å vurdere sitt vedtak på ny.*

A fikk i 1985 konsesjon for erverv av en eiendom i X kommune. I konsesjonen ble det satt som vilkår at deler av eiendommen skulle overdras til eier av naboeiendommen. Overdragelsen ble aldri gjennomført.

I 2004 mottok kommunen en henvendelse fra B, som i mellomtiden hadde overtatt naboeiendommen. Hun viste til konsesjonsvilkåret og uttrykte ønske om å erverve de delene av eiendommen til A som var omfattet av vilkåret.

Etter oppfordring fra kommunen søkte A om opphevelse av konsesjonsvilkåret. Saken ble behandlet av plan- og ressursutvalget i kommunen. Kommunens administrasjon hadde innstilt på å oppheve vilkåret med følgende begrunnelse:

- «1. Å selge ... til kjøperen som nevnt i vilkåret vil ikke bidra til den bruksstruktur i ... som vilkåret tok sikte på.
2. Vilkaåret har ikke vært forsøkt fulgt opp på nærmere 20 år. Det synes derfor urimelig å skulle håndheve det nå.»

Under møtet i utvalget ble det fremmet alternativt forslag fra et medlem, C, om å avslå søknaden om opphevelse av konsesjonsvilkåret. Forslaget var ikke begrunnet. Forslaget ble enstemmig vedtatt av utvalget.

A påklaget vedtaket og anførte blant annet at C var inhabil. I klagen het det at C var en venn av fa-

milien B, at han har vært arbeidsgiver for B og rådgiver for henne i anledning driften av gården.

Plan- og ressursutvalget vedtok enstemmig å opprettholde sitt avslag på søknaden. Det fremgår av møteboken at C fratradte møtet under behandlingen av spørsmålet om hans habilitet. Han ble erklært habil og tiltrådte deretter møtet igjen.

Fylkeslandbruksstyret i Nordland stadfestet kommunens avslag, i samsvar med innstillingen fra fylkesmannens landbruksavdeling. Vedrørende spørsmålet om habilitet het det i innstillingen:

«Fylkesmannen kan ikke ta endelig stilling til om dette er forhold som er egnet til å svekke tilliten til Cs upartiskhet, jfr § 6, 2. ledd i forvaltningsloven. Fylkesmannen viser imidlertid til § 41 i forvaltningsloven hvor det fremgår at en saksbehandlingsfeil bare medfører ugyldighet dersom det er grunn til å regne med at feilen har hatt betydning for resultatet i saken. Plan- og ressursutvalgets vedtak i sak ... var enstemmig. Det er derfor - slik fylkesmannen ser det - ikke grunn til å regne med at resultatet hadde blitt et annet dersom utvalget hadde vedtatt at C var inhabil. Fylkesmannen vil for øvrig tilføye at C ikke deltok under klagebehandlingen i Plan- og ressursutvalget. Også under denne behandlingen var resultatet en enstemmig tilrådning.»

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Han anførte at C var inhabil og at dette utgjorde en saksbehandlingsfeil både ved første gangs behandling og ved klagebehandlingen i plan- og ressursutvalget. Videre anførte han at fylkesmannens innstilling til fylkeslandbruksstyret inneholdt flere unøyaktigheter og feil som gjorde at fylkeslandbruksstyret ikke behandlet habilitetsspørsmålet på korrekt grunnlag. Det ble også anført at brev fra A til fylkeslandbruksstyret forut for behandlingen av klagesaken aldri ble lagt frem for fylkeslandbruksstyret og at dette utgjorde en saksbehandlingsfeil.

I brev herfra ble fylkeslandbruksstyret bedt om å redegjøre nærmere for enkelte sider av saken - først og fremst spørsmål vedrørende habilitet. I brevet herfra het det blant annet:

«1. I fylkesmannens innstilling vises det til at klager hevder at C er inhabil fordi han er venn av familien B og har vært rådgiver for B. I denne forbindelse uttales det i innstillingen at «Fylkesmannen kan ikke ta endelig stilling til om dette er forhold som er egnet til å svekke tilliten til Cs upartiskhet, jfr § 6, 2. ledd i forvaltningsloven».

Det bes om en nærmere redegjørelse for sitatet ovenfor. Ombudsmannen ber i denne forbindelse fylkeslandbruksstyret kommentere hvorvidt fylkeslandbruksstyret, som klageinstans, kan unnlate å ta stilling til en begrunnet habilitetsinnsigelse som er fremsatt av en part i saken.

2. Videre viser fylkesmannen i sin innstilling til forvaltningsloven § 41 og påpeker at vedtaket i kommunens plan- og ressursutvalg var enstemmig. Det uttales i denne forbindelse at «Det er derfor - slik fylkesmannen ser det - ikke grunn til å regne med at resultatet hadde blitt et annet dersom utvalget hadde vedtatt at C var inhabil».

I sin klage hit har A påpekt at kommunens



vedtak var et resultat av et endringsforslag fremmet av C. A har i denne forbindelse anført at dersom C ikke hadde deltatt i saksbehandlingen ville det etter all sannsynlighet ikke blitt fremmet et slikt endringsforslag og at sannsynligheten derfor er stor for at utvalget ville truffet et vedtak i tråd med innstillingen fra jordbruksjefen. Ombudsmannen ber om fylkeslandbruksstyrets kommentarer til denne anførselen fra A.

3. Det fremgår ikke av saksdokumentene fra kommunens behandling av søknaden at det ble gitt noen begrunnelse verken for Cs forslag eller for selve vedtaket. Mener fylkeslandbruksstyret at dette kan ha noen betydning for vurderingen av Cs habilitet, jf ordlyden i forvaltningsloven § 6 annet ledd - «forhold ... som er egnet til å svekke tilliten til ...»?

4. I fylkesmannens innstilling poengteres det at C ikke deltok under klagebehandlingen i plan- og ressursutvalget.

A har i klagen hit anført at dette ikke stemmer. I utvalgets møtebok 15. februar 2005 heter det: «I sak ... ble det reist spørsmål om Cs habilitet. C fratradte under behandling av habilitets-spørsmålet. C ble erklært habil og tiltrådte møtet igjen.»

Fylkeslandbruksstyret bes kommentere ovenstående og eventuelt hvilken betydning det har hatt dersom fylkeslandbruksstyret på dette punktet har lagt feilaktige opplysninger til grunn for sitt vedtak.

5. Det fremgår ikke av plan- og ressursutvalgets møtebok 15. februar 2005 at det ble gitt noen begrunnelse for beslutningen om å erklære C habil. Ombudsmannen ber om kommentarer til hvilken betydning dette eventuelt måtte ha for fylkeslandbruksstyrets behandling av habilitets-spørsmålet.

6. I klagen hit har A påpekt at opplysningen om arbeidsforholdet mellom B og C er utelatt fra fylkesmannens innstilling. Ombudsmannen ber om kommentarer til hvilken betydning dette kan ha hatt for fylkeslandbruksstyrets vedtak. Om mulig bes også årsaken til utelatelsen opplyst.

7. A har i klagen anført at hans brev 16. april 2005 aldri ble lagt frem for fylkeslandbruksstyret. Det bes om fylkeslandbruksstyrets kommentarer til dette.»

I svaret hit, jf. vedtak 1. desember 2005, hadde fylkeslandbruksstyret i hovedsak følgende kommentarer:

«Punkt 1: ... Fylkesmannen kan ikke se at vedtaket om ikke å slette vilkåret om videresalg av areal i As konsesjonsmeddelelse kan innebære noe fordel, tap eller ulempe for C eller noen som står ham nær. Det er ikke han som fremstår som aktuell kjøper til de aktuelle arealene, det er det B som er. At B får mer areal til sin landbruksdrift eller om A slipper å oppfylle konsesjonsvilkåret, vil ikke ha noen betydning for C personlig.

C har i e-post datert 01.11.05 til Fylkesmannen redegjort for sitt syn på saken.

Fylkesmannen viser til redegjørelsen og skal særskilt bemerke:

X kommune har i underkant av 2.800 innbyggere, en kommune hvor «alle kjenner alle». Samarbeid mellom gårdbrukere og naboer er vanlig. Slikt vanlig naboskap og samarbeid om praktiske ting knyttet til gårdsdriften, inkl innleie av arbeidskraft kan - slik Fylkesmannen ser det - vanskelig føre til inhabilitet. Fylkesmannen viser for øvrig til det D har anført i e-post datert

01.11.05 om at flere av utvalgsmedlemmene i X kjenner både C og B, og at disse var kjent med at forbindelsen mellom dem er omtrent som mellom de fleste andre innbyggerne i området.

Fylkesmannen vil etter dette konkludere med at C ikke var inhabil ved behandlingene i Plan- og ressursutvalget i X kommune. Fylkesmannen kan heller ikke se at det i brev av 28.05.05 fra A er fremkommet nye opplysninger som endrer dette standpunktet.

Punkt 2: ... Fylkesmannen viser til at vedtaket i Plan- og ressursutvalget var enstemmig. En kan da ikke se bort fra at andre i utvalget ville ha fremmet et forslag tilsvarende det som kom fra C. Fylkesmannen vil i denne sammenheng vise til bemerkningene i fylkeslandbruksstyrets sak ... hvor det er lagt vesentlig vekt på å behandle sakene vedr. A og B likt. En kan ved dette ikke utelukke at fylkeslandbruksstyret hadde kommet til samme resultat som det gjorde i sak ... uavhengig av hvilket vedtak som var fattet i kommunen.

Punkt 3: ... Fylkesmannen har erfaring for at kommunene ikke gir særskilt begrunnelse for sine vedtak når det gjelder habilitet. Fylkesmannen kan derfor ikke se at det har noen betydning for fylkeslandbruksstyrets vurdering i denne saken at Plan- og ressursutvalget ikke har begrunnet sitt vedtak.

Punkt 4: ... Fylkesmannen beklager at det feilaktig er anført at C ikke deltok under klagebehandlingen. Fylkesmannen kan imidlertid ikke se at dette skal ha noen betydning for fylkeslandbruksstyrets behandling av habilitets-spørsmålet. Det vises igjen til Plan- og ressursutvalgets enstemmige vedtak begge gangene den hadde saken til behandling.

Punkt 5: ... Fylkesmannen viser her til det som er anført under punkt 3 ovenfor.

Punkt 6: ... Fylkesmannen viser til bemerkningene i punkt 1.

Punkt 7: ... Fylkesmannen viser til vedlagte kopi av fylkeslandbruksstyrets protokoll fra møtet 26. april 2005. Brevet fra A ble innstempelt i Fylkesmannens arkiv 20. april 2005. Brevet ble kopiert og delt ut til alle fylkeslandbruksstyrets medlemmer på selve møtet den 26. april 2005.»

Ettersom fylkeslandbruksstyrets svar tydet på at noen av spørsmålene herfra var blitt misforstått, ble disse presisert i et nytt brev til fylkeslandbruksstyret. I brevet het det blant annet:

«Punkt 1 i henvendelsen herfra 28. oktober 2005:

I innstillingen til fylkeslandbruksstyrets vedtak 22. april 2005 het det «Fylkesmannen kan ikke ta endelig stilling til om dette er forhold som er egnet til å svekke tilliten til Cs upartiskhet, jf. § 6, 2. ledd i forvaltningsloven».

I brevet herfra ble det bedt om fylkeslandbruksstyrets kommentarer til hvorvidt styret, som klageinstans, kan unnlate å ta stilling til en begrunnet habilitetsinnsigelse som er fremsatt av en part i saken.

Fylkeslandbruksstyrets kommentarer under punkt 1 synes å knytte seg til selve spørsmålet om Cs habilitet. Ombudsmannen vil derfor gi følgende presisering og utdyping av dette punktet i henvendelsen:

Ombudsmannen oppfattet sitatet ovenfor dit hen at fylkeslandbruksstyret mente at klageinstansen ikke kunne ta stilling til habilitets-spør-

målet eller i hvert fall hadde adgang til å unnlate å ta stilling til dette. På denne bakgrunn bes det om svar på spørsmålene nedenfor.

- a) Mener fylkeslandbruksstyret at det ikke kan ta stilling til habilitetsspørsmålet? I så fall bes det om en begrunnelse for dette synet.
- b) Dersom fylkeslandbruksstyret mener at det kan ta stilling til spørsmålet - mener i så fall styret at det likevel har frihet til å unnlate å gjøre dette?
- c) Er vedtaket 1. desember 2005 slik å forstå at fylkeslandbruksstyret nå har tatt stilling til habilitetsinnsigelsen? I så fall kan spørsmålene i a) og b) besvares kort.

*Punkt 3 i henvendelsen herfra 28. oktober 2005:* I brevet herfra ble det påpekt at det av saksdokumentene ikke fremgår at det ble gitt noen begrunnelse for det forslaget C fremsatte under kommunens behandling 19. oktober 2004. Kommunens vedtak synes heller ikke å være begrunnet på annen måte. I henvendelsen herfra ble det stilt spørsmål om fylkeslandbruksstyret mente at dette kunne ha noen betydning for vurderingen av Cs habilitet. Det ble i denne forbindelse vist til ordlyden i forvaltningsloven § 6 annet ledd - «forhold ... som er egnet til å svekke tilliten til ...».

Fylkeslandbruksstyret synes å ha oppfattet dette som et spørsmål om betydningen av at det ikke ble gitt noen begrunnelse for beslutningen om å erklære C habil. Ombudsmannen vil derfor gi følgende presisering og utdyping av dette punktet i henvendelsen:

Dette punktet gjelder den eventuelle betydningen av at Cs forslag og det påfølgende vedtaket i kommunen 19. oktober 2004 fremstår som ubegrunnet. Spørsmål om betydningen av manglende begrunnelse for beslutningen om å erklære C habil (som fylkeslandbruksstyrets svar tilsynelatende gjelder) ble tatt opp under punkt 5 i henvendelsen herfra.

I spørsmålet herfra ble det spesielt vist til deler av ordlyden i forvaltningsloven § 6 annet ledd. Formålet bak denne bestemmelsen er ikke bare å sikre at vedkommende tjenestemann opptrer upartisk og ikke lar seg påvirke av utenforliggende hensyn, men også å forhindre en svekkelse av tilliten til hans upartiskhet. Bestemmelsen er ment å ivareta både de involverte parter tillit og den alminnelige tilliten til forvaltningen.

Spørsmålet herfra gjaldt således om det kan tenkes at vurderingen av hvorvidt det foreligger forhold som er egnet til å svekke tilliten stiller seg forskjellig avhengig av om forslaget/vedtaket er begrunnet eller ikke. Sagt på en annen måte - kan den omstendighet at det ikke fremgår av forslaget/vedtaket hvilke vurderinger som er foretatt eller hvilke hensyn som er vektlagt bidra til å svekke tilliten?»

Ombudsmannen ba dessuten om å få oversendt kopi av e-postene fra C og D.

I Cs redegjørelse i e-post til fylkesmannen het det blant annet:

«Jeg har aldri vært arbeidsgiver til B eller hennes mann. Jeg har derimot kjøpt tjenester fra dem i forbindelse med gardsdrifta her.

Tjenestene har dreid seg om leie av traktor, redskaper og kjøp av sorteringstjenester. Disse tjenestene har beløpt seg til mindre enn 50000

kroner pr år. I 1999 og 2000 leide jeg jorda til B for 500 kroner pr år.

Jeg har ikke hatt andre økonomiske forbindelser til familien B.

Jeg betrakter mitt personlige forhold til familien B til å være omtrent like nært som til gjennomsnittet av de andre familiene på nordsiden av ...

Jeg følte selv at jeg ikke hadde et økonomisk eller personlig forhold til familien B som gjorde meg inhabil.

Min politiske holdning i denne saken er den samme som jeg har uttrykt i lignende saker.»

Av svaret fra fylkeslandbruksstyret fremgikk det at det, etter presiseringene herfra, var fattet vedtak om at fylkeslandbruksstyret har kompetanse til å ta stilling til Cs habilitet og at han var habil. Vedtaket ble fattet etter følgende innstilling fra fylkesmannens landbruksavdeling:

« ... Fylkeslandbruksstyret har kompetanse til å ta stilling til habilitetsspørsmål ved klagebehandling av kommunale vedtak. Fylkesmannen burde på en klarere måte ha invitert fylkeslandbruksstyret til å ta stilling til habilitetsspørsmålet. Fylkesmannen er av den oppfatning at fylkeslandbruksstyret i sitt vedtak i sak ... har tatt stilling til habilitetsinnsigelsen fra A og med 6 mot 1 stemmer konkludert med at C var habil.

Vedrørende punkt 3 i Sivilombudsmannens henvendelse av 28.10.05 ...

Fylkesmannen viser til e-post datert 01.11.05 fra X kommune og C. Denne e-posten fulgte med som trykt vedlegg til fylkeslandbruksstyret også i sak .... Fylkesmannen kan ikke se at det har vært av avgjørende betydning for tilliten til C at kommunen ikke har gitt særskilt begrunnelse for sitt vedtak den 19.10.04. Fylkesmannen viser særlig til opplysningene fra X kommune hvor det bl.a. heter: 'Flere av utvalgsmedlemmene kjenner både C og B (og for så vidt også A), og er derfor kjent med at forbindelsen dem imellom er omtrent som mellom de fleste andre innbyggere i området' .»

Svarene fra fylkeslandbruksstyret ble oversendt A, som i brev hit opplyste at arbeidsforholdet mellom familien B og C ikke kunne sees å være forandret siden saken startet. Han mente at saken burde gjenopptas i kommunen.

Etter dette hadde verken fylkeslandbruksstyret eller A ytterligere kommentarer.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Undersøkelsene herfra har dreiet seg om forhold vedrørende Cs habilitet. I denne forbindelse har også den manglende begrunnelsen av kommunens vedtak vært tatt opp med fylkeslandbruksstyret.

Ifølge forvaltningsloven § 6 annet ledd er en tjenestemann inhabil dersom det foreligger forhold som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Det skal ved vurderingen blant annet legges vekt på «om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til».

Spørsmålet i saken er således om det foreligger forhold som er egnet til å svekke tilliten til Cs upartiskhet.

Det aktuelle vedtaket i saken innebærer ikke noen særlig «fordel, tap eller ulempe» for C. Derimot innebærer det en fordel for B. Dersom C har en «nær personlig tilknytning» til B, skal hennes fordel vektlegges i habilitetsvurderingen.

Et vesentlig hensyn bak habilitetsreglene er å ivareta den alminnelige tillit til forvaltningen. Det avgjørende etter ordlyden i § 6 annet ledd er derfor om forholdet er «egnet til å svekke tilliten». Dette innebærer at det skal foretas en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad. Inhabilitet kan således foreligge selv om den personlige tilknytningen ikke har hatt noen innvirkning på tjenestemannen i den aktuelle saken.

Det fremgår av saksdokumentene at C har en personlig tilknytning til B. I e-posten 1. november 2005 har han selv beskrevet dette forholdet som «omtrent like nært som gjennomsnittet av de andre familiene på nordsiden av ...». Av den samme e-posten fremgår det at C har leid utstyr og tjenester av B og hennes mann, og at dette «har beløpt seg til mindre enn 50000 kroner pr år». Det fremgår videre at C i to år leide jorden til B for kr 500 pr. år.

Forvaltningslovens ordlyd gir liten veiledning for den nærmere avgrensningen av kriteriet «nær personlig tilknytning». Hvor nær tilknytningen må være, er et skjønnsspørsmål, og kravet til nærhet må antas å være mindre desto sterkere interesse den personen tjenestemannen har tilknytning til har i sakens utfall. Det er imidlertid ikke avgjørende om tjenestemannen selv oppfatter tilknytningen som nær. Som nevnt ovenfor, legger bestemmelsen opp til at det skal foretas en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad.

I den foreliggende saken har den økonomiske relasjonen mellom C og B et klart større omfang enn det som er vanlig mellom en tjenestemann og en part i en forvaltningssak. Den økonomiske relasjonen har også et personlig element ved at C har kjøpt tjenester av B i forbindelse med gårdsdriften. Relasjonen strekker seg dessuten over flere år og har således en viss varighet. På bakgrunn av det som fremgår ovenfor om at det skal foretas en objektiv vurdering av vilkårene i § 6 annet ledd, synes det riktig å legge til grunn at det foreligger en «nær personlig tilknytning» mellom C og B.

I forbindelse med undersøkelsene herfra har fylkeslandsbruksstyret vist til at X er en liten kommune og at samarbeid mellom gårdbrukere og naboer er vanlig. I svaret på foreleggelsen herfra het det:

«X kommune har i underkant av 2.800 innbyggere, en kommune hvor «alle kjenner alle». Samarbeid mellom gårdbrukere og naboer er vanlig. Slikt vanlig naboskap og samarbeid om praktiske ting knyttet til gårdsdriften, inkl. innleie av arbeidskraft kan - slik Fylkesmannen ser det - vanskelig føre til inhabilitet.»

På bakgrunn av fylkeslandbruksstyrets svar kan det stilles spørsmål om forvaltningsloven § 6 kan forstås slik at det i miljøer der «alle kjenner alle» må foreligge en nærere personlig tilknytning enn normalt før tilknytningen medfører inhabilitet.

I en uttalelse 3. november 2000 (JDLOV-2000-8596b) uttalte Justisdepartementets lovavdeling seg om anvendelsen av § 6 annet ledd i situasjoner der «alle kjenner alle»:

«Ordlyden i § 6 annet ledd lest isolert åpner i liten utstrekning for å ta hensyn til de praktiske problemene som oppstår ved at «alle kjenner alle». På den annen side gir selve ordlyden beskjeden veiledning om hvor strengt bestemmelsen skal håndheves i ulike tilfeller. Dette åpner for at en ved tolkningen og anvendelse av bestemmelsen i det enkelte tilfellet til en viss grad kan ta i betraktning de kryssende hensynene som ligger bak inhabilitetsbestemmelsene, herunder hvilke praktiske ulemper det medfører at en tjenestemann regnes som inhabil.

---  
Synspunktet om at det kan tas hensyn til de praktiske ulemper, kan først og fremst ha betydning når det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å få tak i andre kompetente personer. Men synspunktet er anvendelig også når det er uforholdsmessig kostbart å bruke andre personer. (Disse to omstendighetene henger for øvrig sammen.) Dette må imidlertid her som ellers vurderes temmelig konkret, blant annet under hensyn til hvor skjønnspreget, viktig og vanskelig saken er, og hvor lang tid det vil ta før andre kan gjøre jobben.

I tilfeller hvor en strengere håndheving av habilitetsreglene til en viss grad må vike for praktiske hensyn, er det imidlertid viktig å understreke at de skrevne inhabilitetsreglene må suppleres med det grunnleggende kravet om at saksbehandlingen skal være forsvarlig.»

Jeg viser til det lovavdelingen her har gitt uttrykk for. Selv om den aktuelle saken gjaldt små fagmiljøer, bør tilsvarende betraktninger legges til grunn i forhold til små lokalmiljøer der «alle kjenner alle». Utgangspunktet må således være at tjenestemannen er inhabil dersom det foreligger en nær personlig tilknytning, selv om slik tilknytning er vanlig i lokalmiljøet.

Avgjørende er hva som er «egnet til» å svekke tilliten til at vedkommende tar del i behandlingen/avgjørelsen av saken. Med en så omfattende økonomisk og forretningsmessig forbindelse som det her har vært tale om, er det ikke overraskende om det fra partene i saken - og andre - kan melde seg en frykt for at den som har vært med på behandlingen og avgjørelsen også har vært forutinntatt på en slik måte at vedkommende burde ha fratrudd.

På bakgrunn av min kjennskap til saken og forholdene i X kommune, kan jeg vanskelig uttale meg om hvilke praktiske utfordringer det ville ha medført dersom C ikke hadde kunnet delta under behandlingen av saken. Det er imidlertid en mangel ved kommunens vedtak at Cs habilitet ikke ble vurdert i for-

bindelse med behandlingen i plan- og ressursutvalget 19. oktober 2004.

I e-post 1. november 2005 fra X kommune til fylkesmannen fremhevet C at «Min politiske holdning i denne saken er den samme som jeg har uttrykt i lignende saker». I saker der utfallet kan bero på et politisk preget skjønn, og et utvalgsmedlem opptrer i samsvar med sin eller sitt partis alminnelige politiske syn på tilsvarende saker, vil hans tilknytning til en part ofte være mindre egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Betydningen av dette svekkes imidlertid av at Cs forslag om å avslå søknaden ikke var begrunnet. Det fremgikk ikke hvilke vurderinger, verken politiske eller andre, som lå bak forslaget eller utvalgets vedtak.

Det følger av forvaltningsloven § 24 at enkeltvedtak skal begrunnes. Begrunnelsesplikten og habilitetsreglene har det til felles at begge delvis er motivert av hensynet til å forhindre at det legges vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn. I likhet med habilitetsreglene, bidrar begrunnelsesplikten til å sikre den allmenne tilliten til forvaltningen, uavhengig av om det er grunn til å tro at slike hensyn er vektlagt i den enkelte sak.

I denne saken gikk Cs forslag imot landbrukssjefens faglig begrunnede innstilling. Ettersom det ikke ble gitt noen begrunnelse verken av C eller av utvalget, gir vedtaket i seg selv ikke holdepunkter for å vurdere om de hensynene det bygger på er saklige eller ikke.

Det avgjørende etter forvaltningsloven § 6 annet ledd er om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til tjenestemannens upartiskhet. I denne vurderingen skal det «blant annet» legges vekt på personlig tilknytning. Det kan følgelig også legges vekt på andre momenter i vurderingen.

Som Lovavdelingen understreket i den ovenfor siterte uttalelsen, må habilitetsreglene suppleres med det grunnleggende kravet om forsvarlig saksbehandling dersom det skal være aktuelt å la en streng håndheving av habilitetskravene vike for praktiske hensyn. Jeg har som nevnt ikke forutsetninger for å uttale meg om hvilke praktiske utfordringer det ville ha medført dersom C ikke hadde kunnet delta under behandlingen av saken. Den manglende begrunnelsen er imidlertid et forhold som i en slik situasjon bidrar til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Når det foreligger en såpass nær tilknytning mellom en tjenestemann og en part i saken som det gjør i dette tilfellet, må det kreves at vedtakets begrunnelse viser at saken har vært overveid på en fordomsfri og forsvarlig måte.

Fylkeslandbruksstyret må vurdere saken på ny i lys av det som fremgår ovenfor. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen.

Slik jeg ser det, var C inhabil og skulle ikke ha deltatt i behandlingen og avgjørelsen av saken. Inhabilitet fører som utgangspunkt til at den avgjørelsen som er truffet, blir ugyldig. Jeg kan ikke se at fylkes-

mannen har påpekt forhold som tilsier at ikke dette også måtte bli følgen i denne saken.»

## 97.

### Spørsmål om boplikt for jord- og skogbrukseiendommer

(Sak 2006/2208)

*Saken gjelder spørsmålet om og når boplikt på landbrukseiendom inntreffer etter lov om odelsretten og åsetesretten 28. juni 1974 nr. 58 («odelsloven») og lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom 28. november 2003 nr. 98 («konsesjonsloven»). Eiendommer som landbruksmyndighetene vurderer som odelsjord er som hovedregel underlagt bo- og driveplikt etter odelsloven § 27. Et sentralt spørsmål i denne forbindelse er hva som kvalifiserer som odelsjord etter odelsloven §§ 1 og 2. I den utstrekning eiendommen er å regne som odelsjord, må eventuelle fritaks-søknader vurderes etter odelsloven § 27a. Etter konsesjonsloven § 5 første ledd nr. 1, jf. § 5 annet ledd, er erverv mellom nærstående av jord- og skogbrukseiendommer som ikke er odelsjord og som overstiger visse arealkrav konsesjonsfrie på betingelse av at erverver bosetter seg på eiendommen og driver denne. Boplikt på landbrukseiendom har også vært aktuelt hvor eiendommens avkastningsevne er svak. Begrunnelsen for boplikt er i hovedsak hensynet til bosetting. En slik begrunnelse tilsier ikke at det skal være forskjellige terskler for hvor boplikt oppstår avhengig av om eieren har odelsrett eller er i nær slekt med den som avhender eiendommen. For å få en avklaring har ombudsmannen tatt opp en rekke spørsmål med departementet om tolkningen av de respektive regelsettene.*

Jeg har i de senere år mottatt flere klager på at det offentlige pålegger boplikt eller - som regel - avslår å gi fritak for boplikt som hviler på en landbrukseiendom. I ombudsmannens årsmelding for 2006 s. 32 flg. ble det redegjort nærmere for enkelte av de spørsmål som boplikt sakene reiser. I forlengelse av dette ble det varslet at jeg tok sikte på å ta opp generelle spørsmål i tilknytning til boplikt med Landbruks- og matdepartementet.

Det ble gjort ved mitt brev 18. april 2007 til Landbruks- og matdepartementet. Departementet besvarte min henvendelse ved brev 19. juni 2007. Mine konklusjoner i saken ble deretter oversendt departementet ved brev 16. august 2007.

I min henvendelse til departementet stilte jeg flere spørsmål knyttet til boplikt etter odelsloven, herunder fritak fra boplikt etter odelsloven § 27a, og om boplikt og fritak etter konsesjonsloven § 5 første ledd nr. 1, jf. § 5 annet ledd. Det ble særlig stilt spørsmål ved forholdet mellom disse bestemmelsene. Min erfaring med landbruksmyndighetenes behandling og avgjørelse av de forskjellige bopliktsa-

kene syntes å tilsi at en avklaring fra Landbruks- og matdepartementets side var påkrevd.

En rekke av spørsmålene i tilknytning til odelsloven gjaldt situasjonen hvor eiendommen tidligere hadde tilfredstilt vilkårene for å være odelsjord, jf. odelsloven §§ 1 og 2, men på grunn av «skifte av tilhøva» ikke lenger gjorde dette, jf. odelsloven § 23. Spørsmålene gjaldt særlig hvor vilkåret i § 1 om at eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift» ikke var oppfylt. Under henvisning til at det etter omstendighetene kunne være vanskelig både for de eventuelle odelsberettigede og for forvaltningen å ta stilling til om eiendommen fortsatt fylte kravene til odlingsjord slik rettstilstanden hadde utviklet seg, var departementets svar særlig knyttet til denne situasjonen.

Landbruks- og matdepartementet ble bedt om merknader til en rekke spørsmål av praktisk betydning for praktiseringen av regelverket. I lys av behovet for harmonisering av regelsettene, var langt de fleste spørsmålene relatert til tolkningen av odelsloven og konsesjonsloven. Det ble imidlertid også stilt spørsmål vedrørende forvaltningens saksbehandling i bopliksakene etter odelsloven, særskilt med hensyn til forvaltningens opplysnings- og utredningsplikt. Videre ble det reist spørsmål i tilknytning til behovet for kontroll med praktiseringen av regelverket. I det følgende redegjøres det fortløpende for de spørsmål jeg stilte og svarene fra departementet til hvert enkelt spørsmål.

### Spørsmål 1

Det første spørsmålet gjaldt hvorvidt forvaltningen plikter å ta prejudisiell stilling til om eiendommen er å anse som odelsjord etter odelsloven:

«Departementet bes redegjøre for sitt syn på landbruksmyndighetenes oppgaver i tilfeller der det med rimelighet kan reises tvil om eiendommen (fremdeles) er å anse som odelsjord. Kan og skal landbruksmyndighetene i disse tilfellene prejudisielt ta stilling til om eiendommen er å anse som odelsjord?»

Departementet besvarte dette spørsmålet på følgende måte:

«Landbruksmyndighetenes oppgaver knyttet til vurderingen av om eiendommen er odelsjord kan dukke opp i flere saker, bl.a. saker om odelsfrigjøring, deling av driftsenhet og i saker om bo- og driveplikt. Deres henvendelse gjelder bo- og driveplikt med hovedvekt på saker som gjelder boplikt, og departementet vil derfor i fortsettelsen bare knytte kommentarer til boplikt.

Det følger av fvl. § 17 at landbruksmyndighetene skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før det treffes vedtak. Det følger dessuten av begrunnelsesplikten i forvaltningsloven § 25 at forvaltningen skal ta stilling til hvilke regler søknaden er vurdert i forhold til. Kommune og fylkeslandbruksstyre må etter dette undersøke saken, og angi i vedtaket hvilken hjemmel det er

bygget på, noe som innebærer at de må ta stilling til om eiendommen er å anse som odelsjord.

Hvor grundig spørsmålet må vurderes avhenger av situasjonen. Dersom det søkes fritak fra boplikt, og eier selv har krysset av for at han har odelsrett i egenerklæringsskjemaet, må landbruksmyndighetene i utgangspunktet kunne legge til grunn at det er riktig, jf. også rundskriv M-2/2004 (s. 9). Dersom landbruksmyndighetene, ut fra de opplysningene som foreligger om eiendommen og området, er i tvil om eiendommen tilfredsstillende til odelsjord (også når tvilen skyldes «skifte av tilhøva» jf. odelsloven § 23) må de imidlertid av eget tiltak framskaffe de opplysninger som er nødvendige for å vurdere spørsmålet.

I de tilfellene saken gjelder oppfølging av mislighold av boplikt, må det generelt kunne sies at undersøkelsesplikten er større enn ved søknad om fritak fra boplikt.

Det er ikke lett å gi en generell fremstilling av hvor strenge krav som må stilles til landbruksmyndighetenes undersøkelsesplikt på dette punktet. Departementet mener at det ikke kan stilles så strenge krav at spørsmålet om eiendommen er odlingsjord må være avgjort ved skjønn, jf. odelsloven § 6 som i prinsippet åpner for en slik mulighet. Det må imidlertid kreves at kommunen tar stilling til om eiendommen har slik økonomisk avkastningsevne til noen kan tenke seg å drive landbruk på den med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen. De fleste kommuner vil ha tilstrekkelig kompetanse til å danne seg et bilde av eiendommens avkastningsevne. Oppstår juridiske tvilsspørsmål bør kommunen ta kontakt med fylkesmannen eller Statens landbruksforvaltning for å få nødvendig bistand for å løse lovvalgsspørsmålet. Vi antar at det følgende kan danne utgangspunkt for undersøkelsesplikten:

- I sak som gjelder søknad om fritak fra boplikt må det kreves at kommunen gjør det som med rimelighet kan kreves av en kommune uten spesialkunnskaper om odelsloven.
- I klagesak til fylkeslandbruksstyret skjerpes kravet til opplysninger.
- Gjelder saken oppfølging av misligholdt boplikt må en også i større grad forvente at landbruksmyndighetene både på kommune- og fylkesnivå framskaffer de konkrete opplysningene som er nødvendige for å vurdere lovvalgsspørsmålet.

Går det ikke fram av søknaden hva søker mener, kan landbruksmyndighetene be søker om å uttale seg om spørsmålet. Departementet antar at en slik henvendelse bør være regelen dersom kommunen eller fylkesmannen er i tvil.»

### Spørsmål 2

Det neste spørsmålet gjaldt tolkningen av kriteriet «nyttast til landbruksdrift» i odelsloven § 1:

«Etter odelsloven er det særlig to kriterier som må være oppfylt for at eiendommen kan anses som odelsjord; dels må den tilfredsstillende bestemte arealkrav, dels må eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift». Det er grunn til å tro at det er særlig det siste kriteriet som kan volde landbruksmyndighetene tvil.

I NOU 1972: 22 Om odelsretten og åsetesretten (Sivillovbokutvalets Rådsegn 10) heter det i spesialmotivene til odelsloven § 1 s. 43 flg.:

«Synet bør vere at berre eigedomar som verkeleg har noko å seie for bondenæringa, bør gå inn under odelsretten.

...

Gardsbruk som før ga fullt årsarbeid og var einaste næringsgrunnlaget for ein huslyd, er difor i nåtida ikkje sjeldan vorte «støttebruk». Men det kan ikkje av den grunnen vere tale om at dei skal tape sin karakter av odelsgardar (odlingsjord). Ein må likevel halde fast på at eigedom som det skal kunne vinnast odelsrett til, må gje 'et betydelig tilskudd til en families underhold' ...»

Synspunktene synes tilrådt i Ot.prp. nr. 59 (1972-73) Om lov om odelsretten og åsetesretten s. 51.

Spørsmålet om en eiendom «kan nyttast til landbruksdrift» har i de senere årene flere ganger vært oppe for domstolene, særlig i forhold til eiendommens avkastningsevne. I Rt. 2002 s. 112 Gisløys - som er den nyeste høyesterettsdommen omkring spørsmålet - la Høyesterett til grunn at en avkastning på kr 5 000 fra skogsdriften ikke var tilstrekkelig for å anse en eiendom som odelsjord; heller ikke dersom man tok med diverse tilleggsinntekter på i alt kr 12 000. Etter Høyesteretts dom foreligger det flere avgjørelser fra lagmannsrettene som konkluderer med at den aktuelle eiendommen ikke (lenger) kan anses som odelsjord, selv om eiendommen hadde en betydelig høyere avkastningsevne enn tilfellet var i Gisløysdommen.

Kan de nevnte dommene gi noen veiledning for landbruksmyndighetene dersom det antas at myndighetene prejudisielt må ta stilling til om den aktuelle eiendommen er å anse som odelsjord?»

Departementet hadde følgende kommentar:

«Departementet har erfart, bl.a. gjennom en rekke innspill og spørsmål fra saksbehandlere hos fylkesmannen og kommunen, at det særlig for ressursvake avsidesliggende landbrukseiendom er knyttet atskillig tvil ved om kriteriet kan «nyttast til landbruksdrift» er oppfylt eller ikke.

Dommene knyttet til odelsloven § 1 danner grunnlaget for landbruksmyndighetenes vurdering av om eiendommen anses som odelsjord, og dommene gir utvilsomt veiledning for landbruksmyndighetenes vurdering. Vi opplever likevel at dommene ikke gir tilstrekkelig veiledning i konkrete tilfeller. Dette skyldes flere forhold.

- Det dukker stadig opp nye tilfeller hvor faktum ikke er fullt ut sammenlignbart med dommene.
- Dommene er svært konkret utformet og bygger på en helhetsvurdering av alle sider ved eiendommen.
- Vurderingstemaet, hva en «fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift», jf. Høyesteretts dom fra 19. april 2007, er heller ikke godt egnet som grunnlag for en forvaltningsavgjørelse.»

### Spørsmål 3

Det tredje spørsmålet gjaldt hvorvidt kriteriet «betydelig tilskudd til en families underhold» som vektlegges ved vurderingen av om et erverv er konsesjonsfritt etter konsesjonsloven også var relevant i bopliksaker etter odelsloven:

«Ombudsmannen er kjent med at det i en betydelig andel av tilfellene gis fritak fra boplikt. Erfaringene med bopliksaker her synes likevel å tyde på at boplikt også er aktuelt for eiendommer som det neppe er rimelig å si at gir et «betydelig tilskudd til en families underhold».

I forhold til vurdering av spørsmålet om boplikt som betingelse for konsesjonsfritt erverv, har departementet i rundskriv M-2/2004 pkt. 7.3 gitt uttrykk for at det «ikke knytter seg bo- og driveplikt til en eiendom med mindre det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet på en regningssvarende måte».

Departementet bes opplyse om tilsvarende synsmåter gjør seg gjeldende også for de tilfeller der landbruksmyndighetene vurderer fritak for boplikt etter odelsloven. Kan de rettsavgjørelsene som foreligger omkring spørsmålet om eiendommen i det hele tatt er å anse som odelsjord også gi veiledning til spørsmål om fritak for boplikt?»

Til dette svarte departementet:

«Dommene knyttet til odelsloven § 1 danner grunnlaget for hvorvidt det oppstår boplikt etter odelsloven. I Nordtveitdommen, Rt. 2001 s. 562, bygges det på at eiendommen skal gi et «tilskudd av betydning», og at dette ikke innebærer noe krav om en bestemt minsteavkastning. Det følger ellers av rettspraksis at et bruk som ikke gir noe vederlag for den arbeidsinnsatsen som nedlegges ikke fyller vilkårene om å kunne «nyttast til landbruksdrift», og dermed heller ikke kan anses som odelsjord etter odelsloven § 1. Vi oppfatter at den vurderingen som gjøres etter odelsloven ligger nær opp til vurderingen etter konsesjonsloven som det er gitt anvisning på i sitatet fra rundskrivet. Departementet har med de formuleringene som er valgt ikke ment at vurderingene etter odelsloven og konsesjonsloven er ulike på dette punktet.

...

Eiendommens størrelse og avkastningsevne er relevante momenter for vurdering av om det skal gis fritak etter odelsloven § 27a. Det følger av bestemmelsen at de momentene som er angitt i loven ikke er uttømmende. Det er derfor innenfor lovens ramme å legge vekt på momentene som etter rettspraksis er knyttet til hvorvidt eiendommen er å anse som odelsjord ved den avveiningen som skal skje ved fritakssøknad etter odelsloven enten momentene fanges opp av uttrykkene «størrelse» og «avkastningsevne» eller ikke.

Departementet mener at for eksempel uttalelsen i sitatet ovenfor fra Rt. 2001 s. 562 er relevant for forståelsen av begrepet avkastningsevne i odelsloven § 27a. Ved denne avveiningen bør landbruksmyndighetene i rimelig grad fallfeste det økonomiske utbyttet eiendommen antas å gi. Det ligger i sakens natur at en slik tallfesting må bygge på et skjønn. Rettspraksis etter odelsloven § 1 kan følgelig være relevant, men ikke for det

skjønnnet som gjelder hvorvidt det skal gis fritak eller ikke.»

#### Spørsmål 4

Det fjerde spørsmålet gjaldt tolkningen av konsesjonsloven § 5 annet ledd:

«På bakgrunn av ombudsmannens erfaringer om at boplikt «opprettholdes» etter bestemmelsen i konsesjonsloven § 5 annet ledd, jf. første ledd, bes departementet redegjøre for om denne bestemmelsen er å forstå som et hjemmelsgrunnlag for å pålegge boplikt eller som en betingelse for konsesjonsfrihet.

Departementet bes dernest gjøre rede for om, og i tilfelle nærmere begrunne hvorfor, kriteriet «jord- og skogbrukseiendommer», jf. konsesjonsloven § 5 annet ledd, skal forstås på en annen måte enn odelslovens kriterium om at eiendommen må kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1.

Er det etter departementets syn adgang til å pålegge boplikt etter konsesjonsloven når landbruksmyndighetene har kommet til at odelsloven - fordi eiendommen ikke anses som odelsjord - ikke gir hjemmel for boplikt? Krever dette i tilfelle en ordinær konsesjonsbehandling etter konsesjonslovens alminnelige regler?»

Til dette hadde departementet følgende merknad:

«Departementet mener at konsesjonsloven § 5 annet ledd er et vilkår for konsesjonsfrihet, ingen hjemmel for å pålegge bo- og driveplikt. Dette følger av lovens ordlyd.

...

I rundskriv M-2/2004 angir departementet en nedre grense for de eiendommer der det oppstår boplikt etter konsesjonsloven § 5 andre ledd. Grensen er knyttet til lovens arealgrenser sammenholdt med uttrykket «jord- og skogbrukseiendom», jf. ordlyden i loven.

Det foreligger lang og fast forvaltningspraksis for å tolke uttrykket «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonsloven på en noe annen måte enn uttrykket må kunne «nyttast til landbruksdrift» jf. odelsloven § 1. Et eksempel som viser dette er gjeldende rundskriv M-2/2004. I tidligere rundskriv er dette utdypet ytterligere (se for eksempel rundskriv M-29/95). Gjeldende rundskriv gir anvisning på helhetsvurdering som skiller seg noe fra den vurdering som er lagt til grunn i rettspraksis knyttet til odelsloven § 1. Det skal foretas en vurdering av den avkastningen som eiendommen kan gi. Denne vurderingen er ikke fullt ut sammenfallende med rettspraksis etter odelsloven fordi det i rettspraksis også legges vekt på andre forhold enn de rent økonomiske, se som eksempel Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya) hvor det bl.a. ble lagt vekt på eiendommens adkomst. I tillegg gir omtalen i rundskrivet anvisning på hva som er «mulig», ikke som i sakene etter odelsloven hva som er påregnelig drift i fremtiden. I praksis har departementet imidlertid liten grunn til å anta at disse nyanseskjellene reelt sett fører til forskjellig resultat ved den avveiningen som skjer.

Disse tolkingsforskjellene bør etter departementets vurdering ses i lys av at odelsloven og konsesjonslovens regler om bl.a. arealgrenser har vært nokså ulike i mange år. Det er ikke mer

enn 6 år siden det oppsto konsesjonsplikt ved erverv av bebygd eiendom over 5 dekar. Praksis innebar da at selv om søker ikke hadde odelsrett, kunne landbruksmyndighetene komme fram til at eiendommen hadde karakter av jord- og skogbrukseiendom slik at konsesjonsfriheten var betinget av at eieren bosatte seg på eiendommen og selv drev den.

Departementet mener imidlertid at tolkningen av bestemmelsene i dagens situasjon bør harmoniseres. Boplikt på landbrukseiendom er i dag i hovedsak begrunnet i hensynet til bosetting og hensynet til kulturlandskap. En slik begrunnelse tilsier ikke at det skal være forskjellige terskler for hvor boplikt oppstår avhengig av om eieren har odelsrett eller er i nær slekt med den som avhender eiendommen. Departementet legger derfor til grunn at kriteriet «jord- og skogbrukseiendommer» jf. konsesjonsloven § 5 annet ledd skal forstås på samme måte som odelslovens kriterium om at eiendommen må «kunne nyttast til landbruksdrift». Departementet vil be Statens landbruksforvaltning om å sende en orientering til kommunene og fylkeslandbruksstyrene om dette.»

#### Spørsmål 5

Det femte spørsmålet gjaldt hvordan påregnelighetskravet i tilknytning til bosettingshensynet ivaretas i praksis:

«I departementets rundskriv M-2/2004 pkt. 9.4.2 heter det:

«Skal hensynet til bosettingen tillegges avgjørende vekt, må det etter en konkret vurdering anses klart at avslag på søknad om fritak fra den personlige boplikten vil innvirke positivt på bosettingen i området eiendommen ligger. I tilfelle hvor det ellers ligger an til fritak fra boplikt, kan bosettingshensynet ikke tillegges avgjørende vekt med mindre det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen.»

Hva gjør landbruksmyndighetene i praksis for å sikre at denne forutsetningen oppfylles? Må det eksempelvis kreves at landbruksmyndighetene i den enkelte sak søker å bringe på det rene hvorvidt det er andre reelle interessenter til den aktuelle eiendommen, og som eventuelt ikke allerede bor i området?»

Til dette svarte departementet:

«Landbruks- og matdepartementet har ikke opplysninger om praksis som viser hva landbruksmyndighetene på lokalt eller regionalt nivå gjør for å sikre at denne forutsetningen er oppfylt. Departementet har heller ikke gitt retningslinjer for oppfølgingen.»

#### Spørsmål 6

Det sjette spørsmålet relaterte seg til klageinstansens prøvelsesadgang:

«I departementets rundskriv M-2/2004 er det under pkt. 1 redegjort for kommunenes rolle i saker om boplikt på bakgrunn av at kommunene fra 1. januar 2004 har fått utvidet sin myndighet til å

avgjøre saker etter jordloven, konsesjonsloven, odelsloven og skogbruksloven. Det fremgår at departementet fant «behov for et nytt rundskriv som ikke [ga] bindinger for selve skjønnsutøvelsen (det såkalte «frie skjønn»)). Det heter videre at kommunenes rolle er «å utøve lokalt skjønn og forvalte de landbrukspolitiske virkemidlene innen rammen av nasjonal politikk».

Myndigheten til å gi fritak fra boplikt etter odelsloven er lagt til «departementet». Etter konsesjonsloven er det «kongen» som kan gi konsesjon og eventuelt på vilkår, jf. § 2, og som kan gi fritak fra boplikt som er betingelse for konsesjonsfrihet, jf. § 5 tredje ledd. Ved kronprinsregentens resolusjon 28. november 2003 er myndigheten etter konsesjonsloven delegert til Landbruksdepartementet, og ved departementets vedtak 8. desember 2003 er myndigheten til å treffe vedtak i førsteinstans i så vel konsesjonssaker som i fritakssaker etter odelsloven delegert til kommunene.

Det «frie skjønn» oppfattes gjerne som en betegnelse på en skjønnsutøvelse som bare i begrenset grad kan overprøves av domstolene, se Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett 8. utg., s. 345 flg. Foreligger det noen rettsavgjørelser om spørsmål om fritak fra boplikt der retten har unnlatt å prøve den konkrete skjønnsutøvelsen?

Departementet bes først redegjøre for om klageinstansen - når kommunens vedtak påklages - kan prøve skjønnsutøvelsen fullt. Det bes dernest om departementets merknader til om departementet er avskåret fra å gi «bindinger for selve skjønnsutøvelsen» (jf. rundskrivet s. 4), selv om fritaksvurderingen anses som et «fritt skjønn».

Er fritakskriteriene slik de er angitt i odelsloven § 27 a av en slik karakter at de ikke bør kunne prøves fullt ut av klageinstansen?»

Departementet kommenterte spørsmålet på følgende måte:

«Spørsmålene gjelder innholdet i fylkeslandbruksstyrets prøving av en eventuell klage.

- Det foreligger ikke rettsavgjørelser der skjønnsutøvelsen ved søknad om fritak fra bo- og driveplikt er angrepet.
- Fylkeslandbruksstyret kan prøve skjønnsutøvelsen fullt ut, jf. forvaltningsloven § 34. Det er verken i retningslinjer eller gjennom annen instruks gitt føringer om at vedtaket ikke kan prøves fullt ut.
- Omtalen i rundskrivet s. 4 innebærer ikke at departementet anser seg avskåret fra å gi bindinger for skjønnsutøvelsen. Departementet har ikke gitt slike bindinger. Dette er et politisk valg som ble gjort i tilknytning til at en rekke landbrukssaker pr. 1. januar 2004 ble lagt til kommunen som første instans.
- Fritakskriteriene i odelsloven § 27 a er av en slik karakter at de bør kunne overprøves fullt ut av klageinstansen. Departementet kan imidlertid ikke utelukke at de faktiske omstendighetene som gjør seg gjeldende i saken kan føre til at fylkeslandbruksstyrets prøving av særlig bosettingshensynet ikke alltid blir like sterk som for de øvrige momentene.»

### Spørsmål 7

Det siste spørsmålet gjaldt hvilken vekt bosettingshensynet kan tillegges ved fritaksvurderingen:

«Ombudsmannens erfaring i de sakene som har vært til behandling her, er at bosettingshensynet lett blir avgjørende for fritaksvurderingen.

Er bosettingshensynet mer tungtveiende enn de andre hensynene det etter odelsloven § 27 a skal «leggjast særleg vekt på»?

Til dette svarte departementet:

«Bosettingshensynet er etter loven ikke mer tungtveiende enn de øvrige hensyn som det skal legges særlig vekt på. Skjønnsutøvelsen etter odelsloven § 27 a innebærer imidlertid en avveining av mange ulike kriterier, og i alle saker vil et eller flere moment bli trukket frem som grunnlag for at avgjørelsen faller ut i den retning den gjør uten at det i seg selv innebærer at rettsanvendelsen er feil. Vi oppfatter da heller ikke at dette er kjernen i spørsmålet, snarere at det i praksis i forbindelse med den enkelte avgjørelse kan ha blitt lagt ensidig, eller for stor vekt på bosettingshensynet. Dette kan departementet ikke utelukke. Det kan imidlertid i utgangspunktet ikke legges til grunn at det er feil om kommunen i mange tilfeller legger avgjørende vekt på bosettingshensynet. Mange av disse sakene gjelder jo nettopp områder hvor det er problemer med bosettingen. Kommunene må imidlertid vise i avgjørelsen at de også har vurdert de andre hensynene på en balansert måte. I klageomgangen må fylkeslandbruksstyret legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Dersom kommunen i sin avgjørelse har lagt avgjørende vekt på hensynet til bosettingen, vil det få den virkningen at klageorganet på sin side må legge vekt på kommunens vektlegging. Dette forrykker imidlertid ikke den vekt det enkelte hensynet kan tillegges.

Til orientering kan det opplyses at statistikk ikke tyder på at bosettingshensynet er spesielt dominerende i fritakssaker. Landsdekkende statistikk viser et helhetsbilde for saker som gjelder søknad om fritak fra boplikt. KOSTRA-tall for 2005 viser at kommunene behandlet 1 172 saker. Av disse ble det i 424 saker gitt varig fritak fra boplikt, mens det i 657 saker ble gitt utsettelse med boplikten. I 91 saker - dvs. 7,8% ble ... søknaden avslått. Nye tall for 2006 frigis fra Statistisk sentralbyrå i midten av juni. Så langt tyder tallene for 2006 på noe færre søknader om fritak, og en litt høyere avslagsprosent.»

Jeg er på det rene med at det pågår en debatt omkring bestemmelsene om boplikt, og at denne debatten ikke er avgrenset til de spørsmål som ble tatt opp med departementet. Det vises i denne forbindelse til departementets brev, hvor det fremgår følgende:

«Vi viser i den forbindelse til Stortingets behandling av Dok. 8:40 (2006-2007), der det går fram at statsråden mener at det er behov for en gjennomgang av reglene, og at han ikke ser bort fra at dette kan innebære at reglene bør skjerpes på enkelte områder. Vi viser også til at det fra Stortinget er reist spørsmål om hvilken betyde-



ning avgjørelsen i sak C-370/05 for EF- domstolen, den såkalte Festersensaken, har å si for de norske reglene om boplikt.»

På bakgrunn av departementets redegjørelse oppfatter jeg det slik at departementets syn ikke i vesentlig grad avviker fra den redegjørelsen som er gitt i ombudsmannens årsmelding for 2006 på s. 32 flg.

Jeg fant derfor ikke grunn til å gå inn på enkeltheter i departementets brev. Det er likevel grunn til å fremheve at det fremgår at departementet mener at tolkningen av kriteriet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonsloven § 5 annet ledd bør harmoniseres med kriteriet «nyttast til landbruksdrift» i odelsloven § 1. Videre at departementet vil be Statens landbruksforvaltning sende en orientering til kommunene og fylkeslandbruksstyrene om dette. På bakgrunn av mine erfaringer fra saker om boplikt antar jeg at det kan være hensiktsmessig.

I departementets brev ble det opplyst at en proposisjon med forslag til endringer i odelsloven er under utarbeidelse. Bestemmelsene om hva som skal regnes som odlingsjord er ifølge departementet sentrale i dette arbeidet. Etter det opplyste planlegger departementet å fremme proposisjonen slik at den kan behandles i Stortinget i løpet av vårsesjonen 2008. Av den grunn har jeg nøydt meg med å gi enkelte innspill til det pågående lovarbeidet. Fra mitt brev 16. august 2006 hitsettes:

«Mine erfaringer fra disse sakene har etterlatt et generelt inntrykk av det ikke alltid er lett for landbruksforvaltningen å praktisere fritaksreglene på en måte som er i god harmoni med lovens ordlyd. I det lovarbeidet som er i gang nå, bør hensynet til å oppnå et praktikabelt regelverk tillegges stor vekt. Departementet bør imidlertid, i påvente av lovendringer, vurdere om det bør utarbeides et nytt rundskriv omkring praktiseringen av fritaksreglene for å lette saksbehandlingen hos landbruksmyndighetene.»

For en generell redegjørelse for mitt syn på enkelte av spørsmålene bopliktssakene reiser, vises det til årsmeldingen for 2006 s. 32 flg. For øvrig vises det til mine uttalelser i enkeltsaker. De sentrale sakene er følgende: Sak 2004/1561 (Kongsvinger), inntatt i årsmeldingen for 2005 s. 290. Saken er videreført som sak 2006/1019. Etter fornyet behandling er det gitt varig fritak fra boplikt. Sak 2004/2672 (Eidskog), inntatt i årsmeldingen for 2006 s. 322. Saken har vært stilt i bero, og fylkeslandbruksstyret tok sikte på å behandle saken 19. oktober 2007. Sak 2005/1244, videreført som sak 2006/1753 (Beiarn), inntatt i årsmeldingen for 2006 s. 327. På bakgrunn av de nye praktiseringsreglene har fylkesmannen kommet til at det ikke er boplikt på den aktuelle eiendommen og besluttet å legge bort saken.

## 98.

### Fritak for boplikt etter konsesjonsloven – saksbehandling

(Sak 2006/1753)

*Ombudsmannen hadde i en tidligere uttalelse, jf. årsmeldingen for 2006 s. 327, uttrykt tvil med hensyn til om en eiendom kunne regnes som odelsjord, med den følge at boplikt etter odelsloven var aktuelt. Fylkeslandbruksstyret var etter fornyet behandling av saken enig i dette, men mente at boplikt i alle tilfeller kunne pålegges i medhold av konsesjonsloven.*

*Ombudsmannen hadde kritiske merknader til måten fylkeslandbruksstyret hadde behandlet bopliktsspørsmålet etter konsesjonsloven på. Det var ikke gitt noe forhåndsvarsel og det kunne også være tvilsomt om fylkeslandbruksstyret som førsteinstans kunne pålegge boplikt med hjemmel i konsesjonsloven. Det ble bedt om en ny behandling av saken.*

På bakgrunn av nye praktiseringsregler fra Landbruks- og matdepartementet og Statens landbruksforvaltning, kom fylkesmannen til at det ikke var boplikt på eiendommen. Fylkesmannen besluttet derfor å legge bort bopliktssaken. På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse 22. juni 2006 vurderte fylkeslandbruksstyret saken på nytt i møte 14. september 2006. Fylkeslandbruksstyret var enig i at det var tvilsomt om eiendommen fylte vilkårene for å være odlingsjord, men mente at konsesjonsloven § 5 ga grunnlag for å opprettholde boplikten. Ombudsmannen stilte i brev 5. oktober 2006 enkelte spørsmål til fylkeslandbruksstyret. Fylkesmannen ba kommunen behandle saken i medhold av konsesjonsloven. Kommunens plan- og ressursutvalg uttalte 15. november 2006 at det i medhold av konsesjonsloven ikke var grunnlag for å gi A fritak for boplikt. Fylkeslandbruksstyret behandlet i møte 14. desember 2006 spørsmålene som var stilt herfra. Fylkeslandbruksstyret viste til at det i praksis antas at det ved avgjørelsen av en søknad om fritak for boplikt stort sett er de samme momentene som er relevante etter odelsloven og konsesjonsloven. Ut fra dette var det ikke sendt noe forhåndsvarsel til A. Det ble beklaget at saken ikke ble sendt til kommunen som førsteinstans for behandling etter konsesjonsloven forut for fylkeslandbruksstyrets behandling 14. september 2006. Korrekt prosedyre hadde vært at kommunen, etter å ha gitt A forhåndsvarsel, behandlet saken etter konsesjonsloven med klagerett til fylkeslandbruksstyret. At denne prosedyren ikke var fulgt, var imidlertid uten betydning for resultatet i saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Innledning

Fylkeslandbruksstyrets opprinnelige avslag 22. april 2005 på søknaden om fritak for boplikt var begrunnet i at vilkårene etter odelsloven § 27a ikke forelå.

En forutsetning for at boplikt etter odelsloven i det hele tatt kan oppstå, er at den eiendommen det er tale om, fyller odelslovens krav til odelsjord. Jeg tar til etterretning at fylkeslandbruksstyret nå deler mitt synspunkt om at det er tvil om X fyller odelslovens krav på dette punkt.

Situasjonen på det tidspunktet saken ble tatt opp til ny undersøkelse herfra, var altså at fylkeslandbruksstyret var enig i at det rettslige grunnlaget for å opprettholde boplikt etter odelsloven var tvilsomt. Min undersøkelse av saken i denne omgang har hatt som siktemål å avklare saksbehandlingen av bopliktsspørsmålet etter *konsesjonsloven*.

Bopliktreglene i konsesjonsloven er noe forskjellig fra reglene etter odelsloven. Erververen av en odelseiendom har boplikt i kraft av odelsloven selv, og det er således ikke nødvendig at landbruksmyndighetene treffer noe særskilt vedtak om å pålegge boplikt. Boplikt følger derimot ikke uten videre av konsesjonsloven, som i tilfelle må pålegges som et vilkår for å gi konsesjon, jf. konsesjonsloven § 11. De ordinære reglene for behandlingen av slike konsesjoner må i tilfelle følges.

Når det gjelder konsesjonsloven, følger det av lovens § 2 første ledd at alle erverv av fast eiendom i prinsippet er konsesjonspliktige. Muligheten til å sette vilkår for konsesjonen, innbefattet boplikt, vil således som utgangspunkt foreligge ved alle erverv.

Loven gjør imidlertid viktige unntak fra konsesjonsplikten. Av særlig interesse for denne saken er konsesjonslovens unntak for erverv fra visse nære slektninger, jf. konsesjonsloven § 5 første ledd nr. 1. I disse tilfellene er ervervet konsesjonsfritt, og det er således ikke adgang til å stille noen konsesjonsvilkår. Ved erverv av «jord- og skogbrukseiendom» av en viss størrelse er derimot konsesjonsfriheten betinget av boplikt, jf. konsesjonsloven § 5 annet ledd. Det er bare *konsesjonsfriheten*, ikke selve *ervervet*, som er betinget av boplikt etter denne bestemmelsen. Aksepterer erververen ikke betingelsen, innebærer ikke dette annet enn at han på vanlig måte må søke konsesjon. Landbruksmyndighetene må så ta stilling til om boplikt skal settes som *vilkår* for å innvilge søknaden.

Boplikt etter konsesjonsloven § 5 annet ledd forutsetter at flere vilkår er oppfylt. Dels må ervervet ha skjedd innenfor en bestemt personkrets, overdrageren må ha sitt eget konsesjonsforhold i orden, eiendommen må overstige et bestemt areal og det må være tale om en eiendom som med rimelighet kan karakteriseres som en «jord- og skogbrukseiendom». Det er særlig det siste kriteriet som har interesse i denne saken, og da på grunn av utviklingen i rettspraksis med hensyn til hvilke eiendommer som kan anses som odelsjord. Nyere rettspraksis om odelsloven har vist at også eiendommer med areal som ikke uvesentlig overstiger arealgrensene, kan miste status som odelsjord når eiendommen ikke «kan nyttast til landbruksdrift» (jf. odelsloven § 1). Konsesjonsloven og odelsloven har i betydelig grad

en sammenfallende lovhistorie og bopliktreglene er også i stor grad sammenfallende. Det kan således ikke utelukkes at rettspraksis om hvilke eiendommer som i det hele tatt kan regnes som odelsjord og dermed være underlagt odelslovens regler om boplikt, kan ha betydning for fortolkningen av konsesjonslovens begrep «jord- og skogbrukseiendom». Boplikt etter konsesjonsloven § 5 er bare en betingelse for konsesjonsfrihet for «jord- og skogbrukseiendommer» som tilfredsstillere arealkravet. Er den aktuelle eiendom ikke å anse som en «jord- og skogbrukseiendom», eller tilfredsstillere den ikke arealkravet, er boplikt ikke en betingelse for konsesjonsfrihet. Eiendommen kan dermed erverves uten krav om konsesjonsbehandling.

Det er antatt at konsesjonslovens kriterium «jord- og skogbrukseiendom» faller sammen med odelslovens kriterium om at eiendommen må kunne «nyttast til landbruksdrift». I St.meld. nr. 109 (1975-76) s. 9 het det således:

«Odelsloven er imidlertid ikke direkte avgjørende for forståelsen av konsesjonsloven på dette punkt, og det er ikke utelukket at en eiendom kan bli ansett som «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslovens forstand, selv om den ikke kan regnes som odlingsjord etter odelsloven. En antar imidlertid at slike tilfelle vil være sjeldne.»

I Landbruks- og matdepartementets rundskriv M-2/2004 om boplikt heter det videre under pkt. 7.3:

«Ved vurderingen av om det er en jord- og skogbrukseiendom må det foretas en helhetsvurdering, der en ved siden av eiendommens størrelse og produksjonsevne også må legge vekt på eiendommens beliggenhet, arealenes karakter og eiendommens tradisjonelle bruk. En må ha for øye at det ikke knytter seg bo- og driveplikt til en eiendom med mindre det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet på eiendommen på en regningsvarende måte.»

Som fylkeslandbruksstyret fremholder i vedtaket 14. desember 2006 er det landbruksmyndighetene som i sin vurdering må finne hjemmelsgrunnlaget for boplikten. Derfor var det uheldig at boplikten opprinnelig ble opprettholdt på et rettslig grunnlag som viste seg å være tvilsomt. Den nære sammenheng mellom odelsloven og konsesjonsloven gjør at hjemmelsgrunnlaget for boplikten også etter konsesjonsloven kan være uklar. En betryggende saksbehandling er derfor avgjørende for et riktig resultat.

Med dette som utgangspunkt går jeg over til å se på de enkelte spørsmålene som ble tatt opp med fylkeslandbruksstyret herfra.

## 2. Spørsmålet om forhåndsvarsel

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 16 bestemmer at en part som ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken, skal varsles før vedtak treffes og gis anledning til å uttale seg innen en

nærmere angitt frist. Loven angir videre når forhåndsvarsel likevel ikke er nødvendig.

Det er neppe tvilsomt at fylkeslandbruksstyrets fornyede behandling av saken 14. september 2006 resulterte i et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det fremgår av sakens dokumenter at fylkeslandbruksstyret selv betegnet utfallet av behandlingen som et «vedtak». Vedtaket avgjorde dessuten at det tidligere avslaget på søknaden om fritak for boplikt ble opprettholdt.

Fylkeslandbruksstyret har bekreftet at A ikke forut for fylkeslandbruksstyrets vedtak 14. september 2006 fikk forhåndsvarsel om at boplikten ville kunne bli opprettholdt med hjemmel i konsesjonsloven. Unnlåtelsen av å gi forhåndsvarsel er imidlertid ikke begrunnet i noen av unntaksreglene i forvaltningsloven § 16.

Det er landbruksmyndighetene som må påvise det rettslige grunnlaget for boplikten. Nettopp av denne grunn burde landbruksmyndighetene ha varslet A om at man vurderte å opprettholde boplikt, men på et annet rettslig grunnlag enn etter odelsloven. I min uttalelse 22. juni 2006 hadde jeg gitt uttrykk for tvil med hensyn til om odelsloven ga hjemmel for boplikt. Uttalelsen gjaldt imidlertid *bare* dette spørsmålet, og jeg understreket at jeg ikke fant grunn til å gå inn på selve *fritaksbestemmelsene* i odelsloven § 27a. Dette skyldtes at det var uten interesse å drøfte om det var grunnlag for å gi fritak for boplikt dersom det ikke var rettslig grunnlag for å pålegge slik plikt.

Det fremgår av det som er nevnt i pkt. 1 over at de samme omstendigheter som gjør at en eiendom kan miste status som odelsjord, også kan tilsi at en eiendom ikke kan regnes som en «jord- og skogbrukseiendom» i relasjon til konsesjonsloven. Så vel forvaltningsloven § 16 som alminnelige synspunkter om god forvaltningsskikk tilsier derfor at A burde fått anledning til å uttale seg før fylkeslandbruksstyret opprettholdt bopliktvedtaket med hjemmel i konsesjonsloven.

### 3. Spørsmålet om det var grunnlag for å pålegge A å søke konsesjon

Fylkeslandbruksstyret har i svaret på foreleggelsen herfra gitt uttrykk for at det ikke har vurdert om det er grunnlag for å pålegge A å søke konsesjon. Jeg forstår fylkeslandbruksstyret slik at dette har sammenheng med at boplikten ikke anses vesentlig misligholdt.

Denne begrunnelsen synes å bygge på odelsloven § 29 annet ledd, som under visse omstendigheter gir landbruksmyndighetene rett til å kreve at den som har misligholdt boplikt til en odelseiendom, søker konsesjon. Bestemmelsen angir også virkningene av at konsesjon i tilfelle blir nektet. Bestemmelsen er imidlertid bare aktuell for eiendommer som vurderes som odelseiendommer, og jeg har, som nevnt over, forstått fylkeslandbruksstyret slik at det

er berettiget tvil om eiendommen er å anse som en odelseiendom. Ut fra fylkeslandbruksstyrets egne forutsetninger er det derfor vanskelig å se at odelsloven § 29 er anvendelig.

Det følger av konsesjonsloven § 2 at ethvert erverv av fast eiendom som utgangspunkt er avhengig av konsesjon. Konsesjon kan bare gis etter søknad, jf. forutsetningen i konsesjonsloven § 12. I praksis ordnes dette ved at det sendes inn en søknad om konsesjon eller, dersom erververen mener ervervet er konsesjonsfritt, en erklæring om konsesjonsfrihet til kommunen.

I denne saken la landbruksmyndighetene opprinnelig til grunn at eiendommen var å anse som en odelseiendom. Ervervet var dermed ikke konsesjonspliktig, jf. konsesjonsloven § 5 første ledd nr. 2. Når fylkeslandbruksstyret i forbindelse med sin fornyede vurdering av saken kom til at det var tvilsomt om X var å anse som odelsjord, innebærer det at grunnlaget for å *unnlate* å søke konsesjon etter den nevnte bestemmelsen, ikke lenger forelå.

Det riktige måtte således være å be A inngi søknad om konsesjon, med mindre han gjennom en erklæring om konsesjonsfrihet tilkjennega at han aktet å bosette seg på eiendommen. Forholdet i denne saken er imidlertid at A har søkt om fritak for boplikt. Skal saken behandles etter konsesjonsloven, er det dermed neppe trolig at han vil gjøre gjeldende at ervervet er konsesjonsfritt under henvisning til at han akter å bosette seg på eiendommen.

Det harmonerer derfor best med konsesjonslovens system dersom fylkeslandbruksstyret i stedet for å opprettholde boplikten hadde vist A til å søke om konsesjon. Dette ville i tilfelle nødvendiggjort en helt ny behandling av saken, se neste punkt.

### 4. Spørsmålet om fylkeslandbruksstyrets kompetanse

Det følger av Landbruksdepartementets vedtak 8. desember 2003 nr. 1479 om overføring av myndighet til bl.a. kommunene og fylkeslandbruksstyret § 7 at fylkeslandbruksstyret har kompetanse til å prøve klager over vedtak fattet av kommunen med hjemmel i bl.a. odelsloven og konsesjonsloven.

Det var således uriktig saksbehandling når fylkeslandbruksstyret i vedtaket 14. september 2006 som første instans tok stilling til om boplikt kunne opprettholdes etter reglene i konsesjonsloven. Vedtaket skulle i stedet vært truffet av kommunen. Ved sin behandling av saken 14. desember 2006 var fylkeslandbruksstyret enig i dette.

Det fremgår av sakens dokumenter at fylkesmannen - som ledd i utarbeidelsen av svaret på henvendelsen herfra - har bedt kommunen behandle saken på nytt, nå etter bestemmelsene i konsesjonsloven, og at kommunen har truffet vedtak om at det ikke er grunnlag for å innvilge fritak for boplikten.

Formålet med henvendelsen 5. oktober 2006 herfra var å undersøke saksbehandlingen som ledet

frem til fylkeslandbruksstyrets vedtak 14. september 2006. Det ble ikke på dette tidspunkt bedt om noen ny vurdering av saken fra fylkeslandbruksstyrets eller kommunens side. Noen ny vurdering ble heller ikke bebudet i fylkesmannens brev 19. oktober 2006 hit.

Både fylkeslandbruksstyrets opprinnelige vedtak 22. april 2005 og dets fornyede vedtak med nytt hjemmelsgrunnlag 14. september 2006 må anses som (endelige) vedtak i saken. Når klageinstansen har truffet endelig vedtak i saken, har underinstansen ikke myndighet til å behandle saken på nytt og treffe i vedtak i den, med mindre klageinstansen har opphevet underinstansens vedtak. Det er bare klageinstansen, og ikke et saksforberedende organ, som fylkesmannen i dette tilfelle er, som har myndighet til å oppheve underinstansens vedtak.

Dersom fylkeslandbruksstyret på bakgrunn av min henvendelse mente at saken burde ha vært behandlet av kommunen først som en konsesjonssak, ville det riktige være å oppheve kommunens vedtak og hjemvise saken til ny, fullstendig behandling etter reglene i konsesjonsloven.

Kommunens «vedtak» 15. november 2006 må forstås slik at det behandler spørsmålet om fritak for boplikt etter konsesjonsloven kan gis. Imidlertid fremgår det verken av dette «vedtaket» eller fylkeslandbruksstyrets vedtak 14. september 2006 og fylkeslandbruksstyrets svar 14. desember 2006 på foreleggelsen herfra hvorvidt vilkårene for å pålegge boplikt etter konsesjonsloven foreligger. Det er verken søkt om konsesjon eller gitt konsesjon på vilkår av boplikt, og A kan heller ikke sees å ha påstått at ervervet er konsesjonsfritt eller å ha inngitt erklæring om konsesjonsfrihet.

### 5. Avslutning

Etter dette hefter det fortsatt begrunnet tvil ved forhold av betydning for saken. Jeg må derfor be fylkeslandbruksstyret om en fornyet behandling av saken. Dersom fylkeslandbruksstyret mener boplikt på eiendommen må opprettholdes, anbefaler jeg at fylkeslandbruksstyret opphever kommunens vedtak og hjemviser saken til ny behandling i kommunen. Kommunen må da ta stilling til om ervervet er konsesjonsfritt, derunder om boplikt som betingelse for konsesjonsfrihet i dette tilfellet er oppfylt. Er ervervet ikke konsesjonsfritt, må kommunen ta stilling til om den mener hjemmelsgrunnlaget er tilstede for å stille boplikt som vilkår for å gi konsesjon.»

Fylkesmannen har orientert meg om at saken vil bli behandlet under fylkeslandbruksstyrets møte i juni 2007.

På bakgrunn av nye praktiseringsregler fra Landbruks- og matdepartementet og Statens landbruksforvaltning, kom fylkesmannen til at det ikke var boplikt på eiendommen. Fylkesmannen besluttet derfor å legge bort bopliktssaken.

### 99.

#### **Avslag på søknad om konsesjon – uttale om forståinga av omgrepet «jord- og skogbruks-eiendom» i konsesjonslova § 5 andre leden.**

(Sak 2006/2132)

*Saka gjeld avslag på søknad om konsesjon. A og B overtok ein eigedom i Gulen kommune på odel etter onkelen deira, C, med ein ideell halvpart kvar. Av di det ikkje var aktuelt for dei å busetje seg på eigedomen, vart det i samband med overtakinga av eigedomen søkt om varig fritak for bu- og driveplikt. Søkjarane fekk avslag på søknaden om varig fritak, men fekk innvilga eit tidsavgrensa unntak. Eit nytt tidsavgrensa fritak vart seinare innvilga. Fleire år etter at det siste fritaket hadde gått ut, slo kommunen fast at bu- og driveplikta var misleghalde og pålagde søkjarane å søkje om konsesjon etter konsesjonslova. Etter å ha fått avslag på søknaden og avslaget vart oppretthalde av fylkeslandbruksstyret, vart saka klagga inn for ombodsmannen.*

*Det sentrale spørsmålet i saka har vore korleis omgrepet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslova 28. november 2003 nr. 98 (2003-lova) § 5 andre leden er å forstå. I denne saka skulle det ha vore vurdert om eigedomen er konsesjonsfri etter 2003-lova § 5 fyrste leden nr. 1. Etter konsesjonslova § 5 andre leden gjeld konsesjonsfritaket etter fyrste leden på vilkår om bu- og driveplikt, dersom eigedomen det er tale om, kan reknast som ein «jord- og skogbrukseiendom» og dessutan oppfyller nærare fastsette krav til areal. I denne saka var arealkrava oppfylte. Avgjerande for spørsmålet om konsesjonsfritaket i denne saka gjaldt på vilkår om bu- og driveplikt, var difor om den aktuelle eigedomen var å rekne som «jord- og skogbrukseiendom». Ombodsmannen fann etter dette at forvaltninga si forståing av konsesjonslova hadde vore uriktig. Fylkeslandbruksstyret vart difor bede om å handsame søknaden om konsesjon på nytt. Etter dette vart saka til både A og B handsama på nytt. Fylkeslandbruksstyret gjorde om vedtaka og tok klagene frå A og B til følgje.*

A og B overtok i midten av 1980-åra eigedomen gnr ... bnr ... i Gulen kommune på odel etter onkelen deira, C, med ein ideell halvpart kvar. Klagarane søkte i samband med overtakinga av eigedomen om varig fritak for bu- og driveplikt. Det blei frå klagarane si side oppgjeve at det ikkje var aktuelt å busetje seg på eigedomen. Årsaka til dette var todelt. Dels vart det vist til at det ikkje er utsikter til lønsam drift av eigedomen. Dels vart det halde fram at klagarane sin utsikt til inntekt i relevante yrke i Gulen kommune var avgrensa.

Søknaden om varig fritak vart ikkje innvilga. Klagarane fekk i staden ti års frist til å busetje seg på eigedomen, på det vilkår at våningshuset skulle halddast vedlike. Tre år etter at det fyrste fritaket var gått ut, vart nytt fritak innvilga for om lag eit halvt år.

Fleire år seinare fekk A og B melding frå fylkeslandsbrukssjefen om at bu- og driveplikta var misleghalde, og dei vart pålagde å søkje konsesjon. Pålegget blei påklaga, men det vart ikkje endra. A og B søkte deretter om konsesjon.

Konsesjonssøknaden frå A vart handsama fyrst. Det følgjer av konsesjonslova (2003) § 9 andre leden at konsesjon normalt ikkje skal gjevast når ervervet fører til sameige. B hadde difor erklært at han ville overdra sin ideelle part til A dersom han fekk konsesjon.

Søknaden vart handsama etter konsesjonslova av 2003. Kommunen avslo søknaden og syntte til at søkjaren hadde manglande interesse for bruket, noko som vart grunngeve med at våningshuset var forfallende og kulturlandskap grodd att i strid med vilkåret for det tidsavgrensa fritaket for bu- og driveplikt som vart innvilga like etter at A og B overtok eigedomen. I samband med klagen til Fylkeslandbruksstyret i Sogn og Fjordane, presiserte kommunen at avslaget på konsesjonssøknaden var forankra i at kommunen av dei nemnde grunnane ikkje fann søkjaren skikka til å drive eigedommen, jf. konsesjonslova § 9 fyrste leden nr. 4. Vidare vart det peika på at A sitt formål med eigedomen ikkje ville styrkje omsynet til busetjinga, jf. konsesjonslova § 9 fyrste leden nr. 2. Fylkeslandbruksstyret tok ikkje klagen til følgje. Det vart synt til at sjølv om eigedomen ikkje kunne reknast som ein landbrukseigedom etter konsesjonslova § 9, var det høve til å nekte konsesjon til den som ikkje ønskjer å busetje seg på eigedomen.

B bad deretter om at konsesjonssøknaden hans vart handsama. Kommunen avslo også denne konsesjonssøknaden, men viste denne gongen berre til busetjingsomsynet. Det går ikkje fram kva for heimelsgrunnlag som er lagt til grunn for vedtaket. Avslaget vart påklaga til fylkeslandbruksstyret som ikkje endra vedtaket som følgje av klagen. I sitt vedtak viste fylkeslandbruksstyret til konsesjonslova §§ 1, 2 og 11.

A og B klaga til ombodsmannen over avslaget på konsesjonssøknadene. Klagen frå B vart levert innanfor klagefristen til ombodsmannen. For A var klagefristen gått ut. Dette var klagarane merksame på. Dei syntte likevel til at det kunne vere grunn for ombodsmannen til å sjå dei to sakene som ei sak. Ombodsmannen har likevel berre handsama klagen til B.

Klagarane gjorde gjeldande at det ikkje var grunnlag for å nekte konsesjon med grunnlag i manglande busetjing og skreiv:

«I landbruksdepartementet sitt Rundskriv 2/2004 pkt 7.3 er det påpeika at det ikkje er bu- og driveplikt der ein ikkje kan «drive selvstendig landbruksvirksomhet på eiendommen på en regningssvarende måte.» I fylkeslandbruksstyret sitt vedtak ... s. 3, 3. avsnitt er det lagt til grunn at denne eigedomen ikkje kan «gi noko form for økonomisk overskot». Ovannemnde medfører at det i dag ikkje oppstår bu- og driveplikt ved eit konsesjonsfritt erverv av denne eigedomen, men

at det kanskje likevel er høve til å setje vilkår om bu- og driveplikt når ervervet er konsesjonspliktig, jfr. Sivilombodsmannen sitt vedtak 2004/1689.

Det burde dermed vore tillagt stor vekt at klagarane sitt erverv i utgangspunktet er konsesjonsfritt, noko som ikkje var tilfellet i Sivilombodsmannen si nemnde sak frå 2004.

Sjølv om det, trass i nemnde rundskriv, er høve til å handheve bu- og driveplikt på eigedomen, tilseier fylkeslandbruksstyret sin nemnde premiss at denne eigedomen er i det absolutte grenseområdet for om bu- og driveplikt bør påleggast. Det framgår av fylkesmannen sitt vedlagte brev av ... til Gulen kommune at eit avslag på konsesjonssøknaden må reknast som «temmelig inngripande». Som nemnt skal dessutan bustadhuset rivast om kort tid. Av denne og andre grunnar, er det nokså illusorisk at eigedomen er etterspurd som buplass. Ein ber om at Sivilombodsmannen tek saka opp med fylkeslandbruksstyret i Sogn og Fjordane med sikte på at konsesjonsvedtaket vert omgjort.»

Saka vart i brev herifrå lagt fram for Fylkeslandbruksstyret i Sogn og Fjordane. Det vart bede om merknader frå fylkeslandbruksstyret til følgjande:

«1. I kommunen sitt vedtak ... blei søknaden om konsesjon nektet ut frå busetjingsomsynet. B hadde i søknaden opplyst at han ikkje hadde planar om å busetje seg på eigedomen. Det går fram av fylkeslandbruksstyret sitt vedtak at styret delte denne vurderinga.

Er det rett å nekte konsesjon på et slikt grunnlag, eller skulle fylkeslandbruksstyret i staden ha gjeve konsesjon på vilkår om busetjing?

2. Etter konsesjonslova 28. november 2003 nr 98 § 5 er somme avhendingar konsesjonsfrie. Ein ber fylkeslandbruksstyret greie ut om denne føresegna har vore vurdert i denne saka. Det går fram av dokumenta i saka at A og B tok over eigedom frå ein onkel i 1984. Er ei avhending frå ein onkel til ein nevø konsesjonsfri etter føresegna i konsesjonslova § 5?

3. Fylkeslandbruksstyret har i vedtaket ... lagt til grunn at eigedomen ikkje er å rekne som landbrukseigedom. I høve til «dei knappe innmarksressursane» og «dei magre utmarksbeita» vil det ikkje være råd å drive med kjøttproduksjon på sau med «noko form for økonomisk overskot på denne eigedomen.» Etter konsesjonslova § 5 andre leden gjeld konsesjonsfritaket etter fyrste leden på vilkår om bu- og driveplikt, dersom eigedomen det er tale om, kan reknast som ein «jord- og skogbrukseigedom» og dessutan oppfyller dei nemnde krava til areal. I rundskriv M-2/2004 frå Landbruks- og matdepartementet heiter det:

«Ved vurderinga av om det er en jord- og skogbrukseiendom må det foretas en helhetsvurdering, der en ved siden av eiendommens størrelse og produksjonsevne også må legge vekt på eiendommens beliggenhet, arealenes karakter og eiendommens tradisjonelle bruk. En må ha for øye at det ikkje knytter seg bo- og driveplikt til en eiendom med mindre det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet på eiendommen på en regningssvarende måte.»

Ein ber fylkeslandbruksstyret på bakgrunn av det nemnde rundskrivet å gjere greie for om det

er rett å knytte vilkår om buplikt til overtaking av ein eigedom styret meiner ikkje kan drivast med økonomisk overskot.»

Til spørsmål 1 svarte fylkeslandbruksstyret:

«Når søkjaren gjev klårt uttrykk for at han ikkje ønskjer eller kan busetje seg på eigedomen, medan styresmaktene konkluderer med at fast buse-tjing må til for at konsesjonslova sine føremål skal vere oppfylt, meiner vi det må vere rettast å nekte konsesjon. Vi har forstått sentrale konsesjonsstyresmakter slik, at dersom ein finn det klårt at lovføremåla vert best ivaretekne ved at det vert fastsett vilkår som for søkjaren framstår som tyngande, må vilkåra føreleggast han for uttale før søknaden vert avgjort. Dersom slike vilkår ikkje vert akseptert av søkjaren, bør ein heller avslå søknaden enn å gje konsesjon på vilkår som nemnt. I gjeldande rundskriv, M-5/2003 er ikkje dette synspunktet kome til uttrykk, men i Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) er det i merknadene til § 11 sagt: «Bestemmelsen tilsvarende gjeldende konsesjonslov § 9. Motiver og praksis knyttet til bestemmelsen er relevante for folkningen av bestemmelsen.» Når vi så går tilbake til punkt 5.3 i rundskrivet M-4/2001, sit vi att med den ovan-nemnde forståinga.

Dersom søkjaren ikkje kan eller vil flytte til, må ein vel dessutan rekne med at ei konsesjons-meddeling med vilkår om busetjing vil resultere i brot på konsesjonsvilkåra, og påfølgjande sanksjonssak, jf konsesjonslova § 16. Det kan likne ein unødig prosess.»

Til spørsmål 2 hadde fylkeslandbruksstyret føl-gjande merknad:

«B vart pålagd å søkje om konsesjon av di han hadde brote buplikta som oppstod ved hans konsesjonsfrie overtaking av ein ideell del av gnr. 78, bnr. 1 i 1984, jf. konsesjonslova av 1974 § 6, og odelslova § 29, andre ledd. I den aktuelle konsesjonssaka har såleis ikkje føresegna i § 5 i dagens konsesjonslov vore vurdert. Elles vil vi meine at overtaking av eigedom frå ein onkel vil vere konsesjonsfri i medhald av § 5 første ledd nr. 1, slik den også var etter § 6 i 1974-lova.»

Til spørsmål 3 uttala fylkeslandbruksstyret:

«Vi har lagt til grunn at konsesjonslova opnar for å setje vilkår om busetjing også på eigedomar som ikkje er økonomisk drivverdige/kan reknast som jord- og skogbrukseigedomar, slik uttrykket er nytta i konsesjonslova § 5, andre ledd. Til støtte for dette har vi m.a. synt til Ombodsmannen sin uttale i saka innteken på s. 296 i årsmeldinga frå 2004, sjå vedlagde kopi i ingressen.»

Klagarane vart gjeve høve til å kome med merk-nader til fylkeslandbruksstyret sin saksutgreiing og heldt i brev ... fram at «minst fire tilhøve bør gi grunnlag for konsesjonstildeling utan vilkår om bu-plikt i denne 24 år gamle saka»:

«1.

Eigedomen har ikkje bustadhus, og sjølv om her skulle bli bygt bustadhus, vil ikkje søkjarane ha høve til å utøve yrket eller utdanninga si i det

aktuelle området. Når situasjonen er slik, og fylkeslandbruksstyret heller ikkje reknar eigedomen som ein landbrukseigedom i konsesjonslova si forstand, framstår det som urimeleg å stille vilkår om buplikt. Her manglar ei konkret, individuell vurdering av søkjarane sin situasjon, noko som etter vår oppfatning strir mot M-2/2004 pkt. 4.4. som kom etter EU-dommen den 23.09.2003 (Ospelt-dommen).

2.

Vi oppfattar den rettslege situasjonen slik at når ein eigedom som ikkje kan reknast som landbrukseigedom (slik situasjonen er her) skifter eigar innan familien, oppstår det ikkje buplikt, jf. konsesjonslova § 5, 2. ledd. Ved konsesjonsplik-tig erverv til utenforstående, kan det derimot stil-last vilkår om buplikt også for andre eigedomar enn landbrukseigedomar, jf. at omsynet til bu-setnaden er nemnt i den generelle formålsregelen i konsesjonslova § 1 og ikkje spesifikt i § 9, jf. m.a. Sivilombodsmannen si sak 2004-1689.

I denne saka har ein den spesielle situasjonen at det er ei overdraging innanfor familien, men at det likevel er blitt konsesjonsplikt. Fylkeslandbruksstyret har ikkje vurdert det særskilte momentet at det her er tale om å pålegge buplikt for personar som lova frittek frå buplikt. Dette er eit moment som burde inngått i den samla skjønns-vurderinga.

3.

Gulen kommune har ikkje nytta seg av retten til å søkje innført føresegner om 0-konsesjon etter konsesjonslova § 7. 0-konsesjon er eit mindre inngripande verkemiddel fordi det i slike konsesjonssaker ikkje kan stillast vilkår om personleg buplikt. Etter vår oppfatning bør ikkje ein kom-mune som unnlet å innføre moderate verkemid-del (upersonleg buplikt), kunne handheve tyngre verkemiddel (personleg buplikt) så strengt som denne saka viser.

4.

Den 25.01.07 avsa EU-domstolen ein dom som i realiteten under kjenner dei danske reglane om buplikt. Den norske staten var «hjelpointer-venient» for Danmark, venteleg fordi saka vart rekna for å ha direkte verknad for dei tilsvarende norske reglane.

Dommen gir ikkje nødvendigvis grunnlag for å underkjenne dei norske reglane om personleg buplikt, men i så fall er det nettopp fordi dei norske reglane, i motsetning til dei danske, gir så store rom for individuelle unntak. Dommen understrekar og innskjerpar m.a.o. retten til å få individuelle vurderingar.

Ein ber om at Sivilombodsmannen reiser kri-tikk mot den strenge praktiseringa som har skjedd i denne saka.»

Ved brev ... kom Fylkesmannen i Sogn og Fjor-dane med følgjande merknader på vegner av fylkes-landbruksstyret:

«Til punkta 1 og 2: Når ein søknad om konsesjon har sin bakgrunn i misleghald av bu- og/eller dri-veplikta, har vi lagt til grunn at den skal handsa-mast og vurderast som ein ordinær konsesjons-søknad, og at m.a. rundskrivet M-2/2004 ikkje gjeld i slike saker (jf. punkt 3.1 i rundskrivet). Likeins har vi rekna med at konsesjonslova sine «slektsfordelar» ikkje lenger gjeld når ein eigar

lyt søkje om konsesjon av di vilkåra for å nytte godt av fordelane er brotne.

Til punkta 3 og 4: Vi er ikkje samde med advokat ... i at fråveret av forskrifter etter konsesjonslova § 7 skal utelukke bruk av vilkår om buplikt i medhald av § 11. I så måte torer vi også nemne at det i medhald av sistnemnde paragraf også kan fastsetjast upersonleg buplikt på eigedomar som denne. Ei slik løysing vart vurdert også i denne saka, men då der i praksis ikkje er noko bustadhus på eigedomen, fann vi at det var et uaktuelt alternativ. Dette er også nemnt i saksutgreinga til møtet ... .

Eventuelle følgjer av EU-dommen av 25.01.07 må det ligge til andre enn Fylkeslandbruksstyret å trekkje opp.»

Klagarane presiserte deretter i brev ... at:

«For så vidt gjeld punkt 1, jfr. mitt brev av ..., held vi fast ved at dei aktuelle vedtaka manglar ei individuell vurdering av søkjarane sin situasjon og av det tilhøvet at eigedomen manglar bygningar.

I høve til punkt 2 held vi fast ved at saka inneheld eit særskilt moment ved at dersom søkjarane hadde overtatt eigedomen i dag, ville det ikkje oppstått buplikt, jfr. at fylkeslandbruksstyret ikkje lenger ser på eigedomen som ein landbrukseigedom. Dette er eit moment som, etter vår oppfatning, åleine burde gitt grunnlag for konsesjon, utan vilkår om buplikt.

Når det gjeld punkt 3 så er det frå vår side ikkje hevda at manglande forskrifter etter konsesjonslova § 7 utelukkar bruk av vilkår om buplikt etter § 11. Det vi har hevda er at når ein kommune ikkje har funne det nødvendig å innføre upersonleg buplikt (0-konsesjon) for å sikre fast busetnad, så bør ikkje den same kommunen kunne praktisere den personlege buplikta så strengt som Gulen kommune - under dissens - har gjort i denne saka.

Til punkt 4 uttaler fylkesmannen at det må vere opp til andre enn fylkeslandbruksstyret å trekkje opp følgjer av EU-dommen av 25.01.07. Eg går ut frå at ein her meiner å ville avvente ein uttale som Landbruks- og matdepartementet har lova for så vidt gjeld departementet si forståing av rekkevidda av denne dommen. Problemet er at EU-retten, for så vidt gjeld dei fire friheiter, er gjeldande i Noreg uavhengig av når - og om - departementet uttaler seg om dette. I den grad den varsla uttalen evt. står i strid med EU-retten, vil den sogar ha liten rettskjeldeverdi.»

Etter at fylkeslandbruksstyret vart gjeve høve til å kome med merknader og ikkje nytta seg av dette, vart saka tatt opp til avslutning.

#### Ved avslutning av saka uttalte eg:

«Fylkeslandbruksstyret i Sogn og Fjordane har handsama saka i medhald av konsesjonslova 28. november 2003 nr 98 (2003-lova), som tok til å gjelde 1. januar 2004. Denne lova erstattar konsesjonslova 31. mai 1974 nr 19 (1974-lova).

Után at eg kan sjå at det har hatt innverknad på utfallet av saka, finn eg grunn til å peike på at konsesjonssøknaden skulle ha vore handsama etter 1974-lova. Ervervstidspunktet er avgjerande for kva for ei

lov som gjeld. Det følgjer av Ot.prp. nr. 79 (2002-2003), som slår fast at «[I]ovens bestemmelser trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves gjeldende konsesjonslov, lov 31. mai 1974 nr. 19. Dette innebærer at erverv som skjer etter dette tidspunktet blir underlagt lovens bestemmelser.»

I denne saka er dei aktuelle reglane i 2003-lova i samsvar med dei tidlegare reglane i 1974-lova. Motiva til 1974-lova er etter dette relevante ved tolkinga av 2003-lova. Enkelte av dei endringane i 2003-lova som er til gunst for ervervaren skal likevel kome denne til gode. Det følgjer av 2003-lova § 22 at «dersom konsesjonssaka ikkje er endelig avgjort når loven trer i kraft, skal unntakene fra konsesjonsplikt på grunnlag av eiendommens karakter og ervervens stilling i §§ 4 og 5 gjelde selv om ervervet av eiendommen er skjedd før loven trådte i kraft.» Dette gjeld uavhengig av årsaka til at konsesjonssaka ikkje er endeleg avgjort.

Konsesjonslova legg til grunn at erverv av fast eigedom som utgangspunkt er konsesjonspliktig. Etter konsesjonslova er det likevel ikkje noko automatisk krav om bu- og driveplikt. Det grunnleggjande spørsmålet i denne saka er om den aktuelle eigedomen er konsesjonspliktig.

I denne saka skulle det ha vore vurdert om eigedomen er konsesjonsfri etter 2003-lova § 5 fyrste ledd nr 1.

Det er på det reine at føresegna i 2003-lova § 5 ikkje har vore vurdert.

Fylkeslandbruksstyret har i denne samanhengen synt til at B vart pålagt å søkje konsesjon av di han hadde brote buplikta som oppstod ved hans konsesjonsfrie overtaking av ein ideell del av gnr ... bnr ... i 1984, jf. 1974-lova § 6 og odelslova § 29 andre ledd. Fylkeslandbruksstyret har presisert at når ein søknad om konsesjon har sin bakgrunn i misleghald av bu- og/eller driveplikta, har styret lagt til grunn at søknaden skal handsamast og vurderast som ein ordinær konsesjonssøknad og at m.a. rundskrivet M-2/2004 ikkje gjeld i slike saker.

Grunngjevinga frå fylkeslandbruksstyret syner at det er klagaranes misleghald av bu- og driveplikta etter odelslova som er årsaka til at føresegna i 2003-lova § 5 ikkje har vore vurdert. Det er ikkje haldepunkt for å tolke konsesjonslova slik at ein kan innføre eit sanksjonssystem ved misleghald av bu- og driveplikt etter odelslova utover pålegget om å søkje konsesjon. Konsesjonsmyndigheitene må med utgangspunkt i omstenda i saka på sjølvstendig grunnlag vurdere om ervervet er konsesjonspliktig etter konsesjonslova og, om så er tilfelle, om konsesjon eventuelt kan og skal gjevast på nærare vilkår.

Forholda på vedtakstidspunktet skal leggjast til grunn for vurderinga, sjå m.a. forvaltningslova § 34 andre ledd.

Ei avhending frå ein onkel til ein nevø er konsesjonsfri etter føresegna i 2003-lova § 5 fyrste ledd nr 1. Tilsvarande gjaldt etter 1974-lova § 6 fyrste ledd nr. 1.

Fylkeslandbruksstyret har sagt seg samd i dette.

Etter konsesjonslova § 5 andre leden gjeld konsesjonsfritaket etter fyrste leden på vilkår om bu- og driveplikt, dersom eignedomen det er tale om, kan reknast som ein «jord- og skogbrukseigedom» og dessutan oppfyller nærare fastsette krav til areal. Tilsvarende gjaldt etter 1974-lova § 6 fyrste leden nr 1. Arealgrensene er likevel utvida i 2003-lova samanlikna med 1974-lova.

Konsesjonslova § 5 andre leden er altså eit vilkår for konsesjonsfritak, og ikkje ein heimel for å pålegge bu- og driveplikt. Paragraf 5 andre leden inneheld kumulative vilkår for når bo- og driveplikt er avgjerande for konsesjonsfritak.

I denne saka er arealkrava oppfylte. Statens landbruksforvaltning har lagt til grunn at eignedomen har eit samla (minimums)areal på 1882 dekar fordelt på 21 dekar fulldyrka jord, 306 dekar skog av låg bonitet og 1138 dekar anna areal, jf. møtebok til hovudutvalet for plan og utvikling i Gulen kommune, dattert ... og ... .

Avgjerande for spørsmålet om konsesjonsfritaket i denne saka gjeld på vilkår om bu- og driveplikt, er etter dette om den aktuelle eignedomen er å rekne som «jord- og skogbrukseiendom».

Ombodsmannen har i sin praksis lagt til grunn at kriteriet «jord- og skogbrukseigedom» i konsesjonslova fell saman med kriteriet i odelslova om at eignedomen må kunne «nyttast til landbruksdrift». Dette synet har støtte i St.meld. nr. 109 (1975-76) s. 9. Sjølv om det i den aktuelle stortingsmeldinga er teke viktige atterhald, må utgangspunktet vere at ein eigedom som vurderast slik at han ikkje «kan nyttast til landbruksdrift» etter odelslova, heller ikkje kan sjåast som ein jord- og skogbrukseigedom etter konsesjonslova. I årsmeldinga for 2006 s. 32 flg., har eg uttala at «[j]eg antar således at begrepet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslova i det vesentlige er sammenfallende med kriteriet om at en eiendom må kunne «nyttas til landbruksdrift» for å kunne anses som en odelseiendom. Rettspraksis omkring odelsloven § 1 vil derfor kunne gi et viktig bidrag til forståelsen av begrepet.» Eg viser elles til saker referert i same årsmelding s. 322 flg. og s. 327 flg.

Landbruks- og matdepartementet har sagt seg samd i ombodsmannen si forståing. I ombodsmannsak 06/2208 har departementet i brev 19. juni 2007 (i pkt. 4 på s. 5) uttala følgjande om spørsmålet:

«Det foreligger lang og fast forvaltningspraksis for å tolke uttrykket «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslova på en noe annen måte enn uttrykket må kunne «nyttast til landbruksdrift» jf. odelsloven § 1. Et eksempel som viser dette er gjeldende rundskriv M-2/2004. I tidligere rundskriv er dette utdypet ytterligere (se for eksempel rundskriv M-29/95). Gjeldende rundskriv gir anvisning på en helhetsvurdering som skiller seg noe fra den vurdering som er lagt til grunn i rettspraksis knyttet til odelsloven § 1. Det skal foretas en vurdering av den avkastninga

som eiendommen kan gi. Denne vurderinga er ikkje fullt ut sammenfallende med rettspraksis etter odelsloven fordi det i rettspraksis også legges vekt på andre forhold enn de rent økonomiske, se som eksempel Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya) hvor det bl.a. ble lagt vekt på eiendommens adkomst. I tillegg gir omtalen i rundskrivet anvisning på hva som er «mulig», ikke som i sakene etter odelsloven hva som er påregnelig drift i fremtiden. I praksis har departementet imidlertid liten grunn til å anta at disse nyanseforskjellene reelt sett fører til forskjellig resultat ved den avveiningsen som skjer.

Disse tolkingsforskjellene bør etter departementets vurdering ses i lys av at odelsloven og konsesjonslovens regler om bl.a. arealgrenser har vært nokså ulike i mange år. Det er ikke mer enn 6 år siden at det oppsto konsesjonsplikt ved erverv av bebygd eiendom over 5 dekar. Praksis innebar da at selv om søker ikke hadde odelsrett, kunne landbruksmyndighetene komme frem til at eiendommen hadde karakter av jord- og skogbrukseiendom slik at konsesjonsfriheten var betinget av at eieren bosatte seg på eiendommen og selv drev den.

Departementet mener imidlertid at tolkningen av bestemmelsene i dagens situasjon bør harmoniseres. Boplikt på landbrukseiendom er i dag i hovedsak begrunnet i hensynet til bosetting og hensynet til kulturlandskap. En slik begrunnelse tilsier ikke at det skal være forskjellige terskler for hvor boplikt oppstår avhengig av om eieren har odelsrett eller er i nær slekt med den som avhender eiendommen. Departementet legger derfor til grunn at kriteriet «jord- og skogbrukseiendommer» jf. konsesjonsloven § 5 annet ledd skal forstås på samme måte som odelslovens kriterium om at eiendommen må «kunne nyttast til landbruksdrift». Departementet vil be Statens landbruksforvaltning om å sende en orientering til kommunene og fylkeslandbruksstyrene om dette.»

Ved vurderinga om ein eigedom «kan nyttast til landbrukseiendom» etter odelslova § 1, følgjer det av rettspraksis at ein i vesentleg grad må sjå på eiedomen sin økonomiske avkastningsevne, jf. Landbruks- og matdepartementet sitt rundskriv M-2/2004 om boplikt pkt. 7.3:

«Ved vurderinga av om det er en jord- og skogbrukseiendom må det foretas en helhetsvurdering, der en ved siden av eiendommens størrelse og produksjonsevne også må legge vekt på eiendommens beliggenhet, arealenes karakter og eiendommens tradisjonelle bruk. En må ha for øye at det ikke knytter seg bo- og driveplikt til en eiendom med mindre det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet på eiendommen på en regningsvarende måte.»

I høve til kriteriet i odelslova § 1 om at eiedomen må kunne «nyttast til landbruksdrift» er det likevel ikkje tilstrekkeleg at drifta av bruket gjev eit positivt, økonomisk resultat.

Bruket må i tillegg kunne gje «et tilskudd av betydning til en families underhold», jf. NOU 1972: 22 Om odelsretten og åsetesretten (Sivillovbokutvalets Rådsegn 10) i spesialmotivene til odelsloven § 1 s. 43 flg. I lys av det som er sagt ovanfor, kan ikkje



omgrepet «jord- og skogbrukseiendom» forståast på noko annan måte. Dette vert og lagt til grunn av departementet i brevet 19. juni 2007 (i pkt. 3 på s. 4). På same måte som det vart lagt til grunn i sak 2004/2672, sjå meldinga for 2006 s. 322, må det òg i høve til konsesjonslova takast stilling til «om det - ut fra de rådende forhold eller sett i et lengre tidsperspektiv - kan fremstå som realistisk at en fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift», jf. Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya) på s. 454.

I denne saka har fylkeslandbruksstyret i vedtaket 14. november 2006 sjølv lagt til grunn at eige- dommen ikkje er å rekne som ein landbrukseiendom. Fylkeslandbruksstyret konkluderer med at det i høve til «de knappe innmarksressursane» og «dei magre utmarksbeita» ikkje vil være råd å drive med kjøttproduksjon på sau med «noko form for økonomisk overskot på denne eige- dommen». Eg viser her til fylkeslandbruksstyret si møtebok ... s. 3.

Eg finn etter dette å måtte leggje til grunn at eige- dommen er å rekne som konsesjonsfri etter konsesjonslova § 5 fyrste le- den nr. 1, jf. § 5 andre le- den.

Retten til å setje vilkår for konsesjon etter 2003-lova § 11 gjeld berre når eige- dommen er konsesjons- pliktig. Da eige- dommen i denne saka er å rekne som konsesjonsfri, kan det ikkje gjevast konsesjon på vil- kår i medhald av § 11. Saka skil seg såleis frå om- budsmannen si fråsegn i sak 2004/1689, som nettopp gjaldt ein konsesjonspliktig eige- dom.

Slik omstenda i denne saka er, finn eg ikkje grunn til å gå nærare inn på klagarane sine argument i høve til EØS-retten.

Fylkeslandbruksstyret synest å ha lagt ei uriktig forståing av konsesjonslova til grunn ved handsa- minga av konsesjonssøknaden. Eg ber difor om at fylkeslandbruksstyret handsamar saka på nytt.

Sjølv om klaga til A var forelda og difor ikkje er handsama her, finn eg grunn til å peike på at dei sa- me tilhøva gjer seg gjeldande for A sin konsesjons- søknad. Eg ber difor fylkeslandbruksstyret om å vur- dere om denne søknaden òg bør vurderast på nytt.

Eg ber om orientering om fylkeslandbruksstyret si vidare handsaming av saka.»

I ettertid har eg fått oversendt møtebok frå fyl- keslandbruksstyret som syner at saka til både A og B vart handsama på nytt. Begge vedtaka vart då endra og klagene frå A og B tekne til følge. Fylkesland- bruksstyret la til grunn at deira overtaking av eige- dommen er konsesjonsfri etter konsesjonslova § 5 fyr- ste le- den nr. 1.

## 100.

### Varig fritak for boplikt – fritaksvurderingen etter odelsloven

(Sak 2006/1019)

*Ombudsmannen hadde i en tidligere uttalelse (sak 2004/1561, referert i årsmeldingen for 2005 s. 290)*

*reist tvil om en eiendom kunne regnes som odel- sjord, slik at odelslovens regler om boplikt kom til anvendelse. Etter at fylkeslandbruksstyret på om- budsmannens anmodning hadde vurdert saken på nytt, opprettholdt styret sin vurdering av at eiendom- men fremdeles var å anse som odelsjord. På bak- grunn av dette ble spørsmålet om fritak undersøkt nærmere.*

*Etter en gjennomgang av de ulike momentene i fritaksvurderingen som odelsloven gir anvisning på, fant ombudsmannen det tvilsomt om bosettingshen- synet burde tillegges den vekt fylkeslandbruksstyret hadde gjort. Det var videre tvilsomt om de momente- ne som kunne tilsi at fritak burde vært gitt, var tillagt tilstrekkelig vekt. Ombudsmannen anbefalte fylkes- landbruksstyret å behandle saken på nytt, og gi fri- tak for boplikt på eiendommen. Etter fylkesland- bruksstyrets fornyede behandling ble varig fritak fra boplikt gitt.*

A overtok i januar 2001 eiendommen X i Kongsvin- ger kommune, som arv etter sin far. Eiendommen har etter fylkeslandbruksstyrets siste opplysninger et samlet areal på 214 daa, hvorav 7 daa fulldyrket jord, 6 daa innmarksbeite, 195 daa produktiv skog og 4 daa annet areal.

A er sivilingeniør av utdanning, og arbeider in- nen telekommunikasjon. Han søkte kommunen om fritak for boplikten, idet han anførte at det ville være vanskelig for ham å finne et egnet arbeid i Kongsvin- ger-regionen. Han mente at småbruket var for lite til å leve av, og at gården ville bli drevet like godt selv om han hadde fast bosted utenfor kommunen.

Kommunen avslo fritakssøknaden, og klagen over avslaget ble ikke tatt til følge av fylkesland- bruksstyret da dette behandlet klagen. A klaget hit. I ombudsmannens uttalelse 15. september 2005 ble det gitt uttrykk for at det på bakgrunn av fylkesland- bruksstyrets angivelse av eiendommens avkast- ningsevne var tvil om X fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1. Det var således tvil om eiendommen i det hele tatt kunne anses som odelsjord, og dermed ikke nødvendig å gå inn på spørsmål om fritak fra boplikt etter odelsloven § 27a. Ombudsmannen anmodet fylkeslandbrukssty- ret om å behandle saken på nytt.

Fylkeslandbruksstyret behandlet saken på nytt i april 2006. I fylkesmannens innstilling til fylkes- landbruksstyret, som ble enstemmig vedtatt av sty- ret, redegjorde fylkesmannen for eiendommens av- kastningsevne. Basert på en kombinasjon av skogs- drift og sauehold, ble driftsnettoen anslått til ca. kr 20 000. Det ble på bakgrunn av dette konkludert med at X fortsatt var å anse som odelsjord.

A kom med merknader til de vurderingene som lå til grunn for fylkeslandbruksstyrets konklusjon, og det ble herfra funnet grunn til på ny å forelegge saken for fylkeslandbruksstyret. Fylkeslandbruks- styret ble spurt om det hadde merknader til fritaks- spørsmålet ut over det styret tidligere hadde kommet

med. Fylkeslandbruksstyret ble særlig bedt om å redegjøre for hvilken betydning Statistisk sentralbyrås fremskrivning av befolkningsutviklingen i kommunen hadde for bopliktspørsmålet, og dessuten redegjøre for arbeidsmulighetene for sivilingeniører i Kongsvingerområdet med spesialisering innen telekom.

Til spørsmålet om fremskrivningen av befolkningsutviklingen, uttalte fylkeslandbruksstyret i sitt svar hit:

«SSB utarbeider prognoser som viser forventet befolkningsutvikling pr. kommune, det vil si for kommunen som helhet. Det var i 2005 registrert et folketall på 17 279 personer i Kongsvinger. Den mest negative prognosen gir en nedgang i befolkningen på ca. 245 personer (-1,4 %) fra 2005 til 2025, mens de øvrige modellene har en positiv utvikling med en økning på 1 554 personer (+ 8,7 %) som den mest optimistiske. Fra 2005-2010 er det bare mindre endringer i forventet befolkningsutvikling, med en variasjon mellom de ulike modellene fra - 0,7 % til + 0,5 %. Det har vært nedgang i folketallet i området der eiendommen ligger, jfr. kommunens saksframstilling den 11. november 2002. Fylkesmannen mener at det er grunn til å anta at denne utviklinga vil fortsette og det betyr at området vil ha en negativ utvikling sammenlignet med kommunen som helhet. Etter dette mener Fylkesmannen at det ikke er grunnlag for å legge avgjørende vekt på SSB's prognoser for befolkningsutviklinga i kommunen.»

Om As arbeidsmuligheter het det:

«Det framgår av brev den 24. juli 2006 fra Aetat i Kongsvinger at det har vært liten etterspørsel etter sivilingeniører i Kongsvinger-området i 2006. Hovedarbeidsmarkedet for personer i dette distriktet med slik utdanning er Oslo-området og Romerike. Aetat mener det er grunn til å anta at det er forholdsvis gode arbeidsmuligheter for sivilingeniører i en pendlingsavstand på 1,5-2 timer fra Austmarka. Fylkesmannen er kjent med at det foregår mye dagpendling fra Kongsvinger-området til Osloområdet. Reiseavstanden fra Kongsvinger til Oslo er ca. 1,5 time. På bakgrunn av opplysningene fra Aetat legger Fylkesmannen til grunn at det bør være gode muligheter for søker til å få seg relevant arbeid innenfor en akseptabel pendlingsavstand fra Austmarka, der eiendommen ligger.»

Fylkeslandbruksstyret uttalte for øvrig:

«Ved vurdering av bopliktspørsmålet skal det i h.h.t. rundskriv M-2/2004 legges særlig vekt på ønsket om å styrke og opprettholde bosettinga i det området der eiendommen ligger. Hvis hensynet til bosettinga skal tillegges avgjørende vekt, må det anses klart at avslag på søknad om fritak for boplikt vil innvirke positivt på bosettinga. I tilfelle der det ellers ligger an til fritak, kan bosettingshensynet ikke tillegges avgjørende vekt med mindre det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen. Det må være mulig å skaffe seg ei inntekt en kan leve av, evt. ved arbeid utenom bruket.

Befolkningsutviklinga i området der eiendommen ligger har vært negativ, - en trend Fylkesmannen antar vil fortsette. Kommunen har et ønske om å styrke bosettinga i området.

Aetat i Kongsvinger-området mener det er grunn til å anta at det er forholdsvis gode arbeidsmuligheter for sivilingeniører i en pendlingsavstand på 1,5-2 timer fra Austmarka. Det bør derfor være mulig for eieren å skaffe seg arbeid ved siden av bruket og ei inntekt en kan leve av. Det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen, og et avslag på søknad om fritak for boplikt vil følgelig innvirke positivt på bosettinga. Dermed er det grunnlag for å legge avgjørende vekt på hensynet til bosettinga ved vurdering av bopliktspørsmålet.

Etter Fylkesmannens vurdering har det ikke tilkommet nye opplysninger i saken som gir grunnlag for en endret vurdering i forhold til spørsmålet om boplikt på eiendommen.»

A kom tilbake til saken. Han poengterte bl.a. at X ikke ligger i Kongsvinger by, men 40 km unna. De siste 10 km av veien er ikke av god standard og er ofte ikke brøytet før kl 08:00 om vinteren. Det er 200 m gårdsvei som må brøytes før en kommer til hovedvei. Det er derfor kun på gode sommerdager uten snø og uten normale køer inn mot Oslo en kan regne en reisevei én vei på ned mot to timer fra eiendommen og til nærmeste sannsynlige arbeidssted. Han mente ellers at fylkesmannens inntektsanslag var urealistisk.

Fylkesmannen fremholdt i et senere brev hit bl.a. at veistrekningen fra Austmarka og frem til avkjørselen på eiendommen har status som fylkesvei. Det ble opplyst at deler av strekningen mangler fast dekke. Det måtte imidlertid legges til grunn at det foretas et visst minimum av veivedlikehold som også sikret fremkommeligheten vinterstid. Selve gårdsveien på ca 200 m måtte eieren selv besørge brøytet. Det ble understreket at fylkeslandbruksstyret ikke hadde forutsatt at A måtte dagpendle helt til Oslo, idet man mente det var påregnelig at han med sin utdanningsbakgrunn og arbeidserfaring ville kunne få relevant arbeid noe nærmere eiendommen.

Fylkesmannen mente ellers at A hadde uforholdsmessig mye fokus på jordbruksdriften på eiendommen, og minnet om at det var skogen som er den største ressursen på eiendommen.

A ga deretter uttrykk for at han ikke hadde ytterligere merknader til saken, idet han mente fylkesmannens siste brev ikke berørte det som etter hans mening var det sentrale i saken; spørsmålet om en fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning

Spørsmålet om en eiendom fyller lovens vilkår for å være en odelseiendom er langt på vei et privatrettslig spørsmål som forvaltningen verken kan eller skal ta endelig stilling til. Odelslovens regler om boplikt er

imidlertid knyttet til om den aktuelle eiendommen anses som odelsjord. Landbruksmyndighetene kan derfor etter omstendighetene være nødt til prejudisielt å ta stilling til om den aktuelle eiendommen er odelsjord, herunder spørsmålet om eiendommen kan ha mistet status som odelsjord som følge av «skifte av tilhøva», jf. odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 § 23.

Tvilen jeg ga uttrykk for i min uttalelse 15. september 2005 med hensyn til om X kan anses for å være en odelseiendom, er etter fylkeslandbruksstyrets fornyede vurdering av saken ikke blitt mindre. Etter mitt skjønn er det dårlig harmoni mellom landbruksmyndighetenes syn på dette punkt og den rettspraksis omkring odelsloven §§ 1 og 23 som foreligger. Hensett til at landbruksmyndighetene opprettholder sin vurdering av X som odelsjord og at bopliktspørsmålet ikke utelukkende avhenger av dette, finner jeg ikke grunn til uttrykkelig å ta stilling til om X fremdeles kan anses som odelsjord.

Jeg forutsetter således at X er å anse som odelsjord, og spørsmålet er om det kan gis *fritak* fra boplikten.

## 2. Fritaksspørsmålet

Odelsloven § 27a annet ledd lyder slik:

«Ved avgjerd av søknad om fritak frå buplikta skal det leggjast særleg vekt på ønsket om å styrkje eller oppretthalde busetjinga i området der eigedomen ligg, på kor nær tilknytning søkjaren har til eigedomen og på søkjaren sin livssituasjon. Vidare skal det mellom anna takast omsyn til bruksstorleiken, avkastningsevna og hustilhøva på eigedomen.»

Loven gir anvisning på en bred og sammensatt vurdering som landbruksmyndighetene må foreta når det søkes om fritak fra boplikten. Loven skiller dessuten mellom momenter det generelt skal legges «særlig» vekt på, og de momentene det «bare» skal legges vekt på. Jeg antar at det enkelte moment innen hver «klasse» som utgangspunkt må ha lik vekt. Det synes således ikke å være grunnlag for å si at hensynet til bosettingen som utgangspunkt er mer tungtveiende enn søkerens tilknytning til eiendommen eller søkerens livssituasjon.

Lovens angivelse av de ulike skjønnsmomentene innebærer at forvaltningen må ta stilling til de ulike momentene, og vurdere i hvilken grad de gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Det kan således tenkes at et moment det etter loven generelt skal legges «særlig» vekt på, i den konkrete sak er mindre tungtveiende enn et moment det etter loven er tilstrekkelig «å legge vekt på». Det kan eksempelvis være tilfellet i en sak der bosettingshensynet bare i liten grad taler for en streng praktisering av fritaksreglene, samtidig som eiendommens avkastningsevne er så lav og husforholdene på den er så dårlige at disse momentene tilsier at fritak bør gis.

Loven bestemmer at fritak «kan» gis, noe som antyder at det er snakk om en type skjønn domstole-

ne - og ombudsmannen - ikke skal prøve fullt ut. Etersom loven uttrykkelig angir de momentene som skal vektlegges ved fritaksvurderingen, må domstolene og ombudsmannen i hvert fall ha mulighet til å prøve hvorvidt det enkelte, lovbestemte moment er vurdert, og at det er gitt den vekten loven har bestemt. Ombudsmannen må langt på vei kunne prøve landbruksmyndighetenes fritaksvurdering. I artikkelen «Buplikt etter odelslova» i «Nybrott og odling - Festskrift til Nils Nygaard» s. 385 skriver Ernst Nordtveit:

«Det er likevel ikkje eit fritt skjønn som skal utøvast. Ved å fastsetje nokså presist kva moment det skal leggjast vekt på, har lovgjevaren gjeve forvaltninga eit direktiv om å gje fritak, når dei momenta som skal tilleggast vekt, samla sett talar for fritak. Fylkeslandbruksstyre og departementet må ha eit ansvar for å sikra at lova sine føresetnader vert fylgt ved vektlegging av søkjarens livssituasjon og hans tilknytning til eigedomen. Sjølv om ein langt på veg har overlate til kommunane å ta stilling til kva vekt busettingsomsynet bør ha i kommunen, er det som nemnt understreka at også denne vurderinga må vere objektiv.»

I det følgende vil jeg se nærmere på fylkeslandbruksstyrets vurdering av fritakssøknaden og hvordan de ulike momentene er vektlagt i saken.

## 3. Fylkeslandbruksstyrets vurdering av fritaksgrunnene

### 3.1 Innledning

I fylkesmannens innstilling til fylkeslandbruksstyrets vedtak 12. desember 2003 ble det konkludert med at husforholdene ikke talte for fritak, at søkerens tilknytning til eiendommen burde tillegges «betydelig vekt» i retning av å gi fritak og at hans livssituasjon - hensynet til at datteren på det tidspunkt gikk på videregående skole - tilsa at han fikk midlertidig fritak inntil hun var ferdig med slik utdanning. Det ble videre lagt til grunn at eiendommens ressursgrunnlag og avkastningsevne var slik at A udiskutabelt ville være avhengig av arbeid utenom bruket. Denne siden ved hans livssituasjon kunne imidlertid ikke få avgjørende betydning i fritaksvurderingen. Jeg forstår fylkeslandbruksstyret slik at bosettingshensynet - kommunens ønske om å opprettholde bosettingen i området - ble ansett som så tungtveiende at det «slo ut» de konkurrerende hensynene som gjorde seg gjeldende i saken.

Fylkeslandbruksstyret sluttet seg mot én stemme til innstillingen.

### 3.2 Bosettingshensynet

Bosettingshensynet har sammenheng med ønsket om å bevare bosettingsmønsteret i distriktene, og gir landbruksmyndighetene mulighet til ved fritaksvurderingen å legge vekt på ønsket om å styrke eller opprettholde bosettingen i det området eiendommen

ligger. Det er vanskelig å se at loven krever at kommunen på forhånd tilkjennegir ønsket om å opprettholde eller styrke bosettingen, for eksempel gjennom investeringer i infrastruktur eller lignende. Det er dessuten tilstrekkelig at det er et ønske å opprettholde eller styrke bosettingen på *det stedet eiendommen ligger*. Jeg har derfor ingen innvendinger mot fylkeslandbruksstyrets syn når det under møtebehandlingen 25. august 2006 av henvendelsen herfra fremholdes at det ikke er grunnlag for å legge avgjørende vekt på Statistisk sentralbyrås prognoser for kommunen *som helhet*.

Det kreves imidlertid en reell vurdering av spørsmålet om bosettingshensynet i den konkrete saken tilsier at fritak fra boplikten ikke skal gis. I Landbruks- og matdepartementets rundskriv M-2/2004 pkt. 9.4.2 heter det:

«Skal hensynet til bosettingen tillegges avgjørende vekt, må det etter en konkret vurdering anses klart at avslag på søknad om fritak fra den personlige boplikten vil innvirke positivt på bosettingen i området eiendommen ligger. I tilfelle hvor det ellers ligger an til fritak fra boplikt, kan bosettingshensynet ikke tillegges avgjørende vekt med mindre det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen.»

Det kan således ikke være adgang til rent rutinemessige avslag begrunnet i et alminnelig ønske om å styrke bosettingen på stedet dersom øvrige hensyn i saken taler mot at fritak gis. Landbruksmyndighetene må i slike tilfeller kunne sannsynliggjøre at andre vil bosette seg på den aktuelle eiendommen.

Et avslag på en søknad om fritak fra boplikt vil naturligvis kunne føre til at eieren faktisk tilflytter eiendommen. Situasjonen kan imidlertid også ligge slik an at eieren ikke har noen praktisk mulighet til dette, og derfor er nødt til å avhende eiendommen. Ønsket om å styrke bosettingen kan bare ivaretas dersom det er grunn til å tro at en annen, som ikke allerede bor i det området bosettingen ønskes styrket, i denne situasjonen vil *erhverve* eiendommen med sikte på selv å bo der. Likeledes vil ønsket om å *oppretholde* bosettingen bare kunne ivaretas dersom det er grunn til å tro en annen, som allerede er bosatt i området, vil *unnlate å flytte*, for eksempel ved at hans driftsgrunnlag bedres gjennom erverv av den aktuelle eiendommen. Det er vanskelig å se at den konkrete vurderingen av bosettingshensynets vekt i fritaksvurderingen som loven og departementets rundskriv krever er gjort dersom ikke landbruksmyndighetene vurderer de forhold jeg nå har nevnt. Bosettingshensynets vekt må i hvert fall sies å være svekket dersom det mangler en vurdering av om avslag vil virke positivt inn på bosettingen.

I fylkesmannens innstilling til fylkeslandbruksstyrets møte 12. desember 2003 het det bl.a.:

«Området er preget av fraflytting og gjengroing av småbrukene. Fylkesmannen er på bakgrunn av eiendommens beliggenhet usikker på om søk-

naden bør avslås. Kommunen mener imidlertid det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen og har avslått varig fritak ut fra bosettingshensynet. ... Etter en samlet vurdering har Fylkesmannen under betydelig tvil kommet til at det ikke er grunnlag for å gjøre om kommunens vedtak.»

I kommunens vedtak 11. november 2002 het det at det «er påregnelig at andre vil være interessert i å kjøpe eiendommen for bosetting». Det het videre:

«Skog- og jordbrukssjefens konklusjon er at eiendommen bør bebos og at søkerens argumenter for et varig fritak ikke er tilstrekkelig til å bli varig fritatt fra lovens krav om boplikt. Det gis et tidsbegrenset fritak for at datteren skal fullføre videregående skole.»

Jeg kan imidlertid ikke se at kommunen belegger sitt syn om at det er påregnelig at andre vil være interessert i å kjøpe eiendommen med tanke på å tilflytte den på annen måte enn å vise til brukets beliggenhet nær fylkesveien, at «våningshuset er fullt beboelig» og at kulturlandskapet er «vel verdt å ta vare på».

Fylkeslandbruksstyret tok i sitt vedtak 12. desember 2003 ikke direkte stilling til spørsmålet, men nøyde seg med å vise til kommunens vurdering. På bakgrunn av den betydelige tvilen med hensyn til om det skulle gis fritak fra boplikt som fylkesmannen ga uttrykk for i innstillingen, var det uheldig og ikke i samsvar med rundskrivet at fylkeslandbruksstyret ikke selv tok stilling til spørsmålet om det er påregnelig at andre vil overta eiendommen. Det fremgår av fylkeslandbruksstyrets kommentar 18. juni 2004 til ombudsmannen, at det ble foretatt befarings fra administrasjonens side før klagebehandlingen 12. desember 2003. Etter fylkeslandbruksstyrets mening, var det på bakgrunn av en vurdering av forholdene i området påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen. Det ble vist til den generelle interessen for småbruk, bolighusets tilstand, eiendommens beliggenhet og at det faktisk bor andre i området. Etter min mening kan det likevel reises tvil ved om bosettingshensynet i denne saken bør tillegges den vekt som fylkeslandbruksstyret har gjort.

### 3.3 Søkerens tilknytning til eiendommen

Jeg går så over til å se noe nærmere på enkelte av de andre hensynene som gjør seg gjeldende i saken. Søkerens tilknytning til eiendommen skal som nevnt tillegges «særlig vekt». Opprinnelig var dette momentet det eneste det etter loven skulle legges «særlig vekt» på. Det har nær sammenheng med selve begrundelsen for odelsretten; vernet om bøndenes eiendomsrett til den jorda de dyrker og driver og som både hjem og yrke er knyttet til, og slektens fortrinnsrett til denne. Jeg forstår tilknytningshensynet slik at jo nærmere personlig tilknytning erververen har til den eiendommen det er snakk om, desto mindre skal det til for at fritak kan gis.

Rundskrivet pkt. 9.4.1.1 nevner som eksempel på at nær tilknytning til eiendommen kan foreligge dersom søkeren har bodd på eiendommen hele oppveksten. Det fremgår av sakens dokumenter at A overtok eiendommen i 2001 fra sin far. Han er oppvokst på bruket, hjalp til i drifta i oppveksten og bodde på bruket til han var 18 år. Fylkesmannen konkluderte med at hans tilknytning til eiendommen var slik at den burde tillegges «betydelig vekt» og talte for fritak. Jeg er enig med fylkesmannens syn her. Det kan likevel reises spørsmål ved om tilknytningshensynet virkelig ble gitt den «særlige vekt» i fylkeslandbruksstyrets vedtak som loven krever.

### 3.4 Søkerens livssituasjon og forholdet til eiendommens avkastningsevne

Også søkerens livssituasjon er noe det etter loven skal legges «særlig vekt på». I fylkesmannens innstilling til fylkeslandbruksstyrets vedtak 12. desember 2003 ble det lagt til grunn at dette hensyn tilsa utsettelse inntil datteren var ferdig med videregående skole. Fylkesmannen - med tilslutning av fylkeslandbruksstyrets flertall - mente derimot at As opplysning om at han ville måtte skifte arbeid dersom han skulle tilflytte eiendommen uten å ukependle til Oslo, ikke kunne få avgjørende betydning.

Lovforarbeidene avklarer i liten grad hva det nærmere ligger i hensynet til søkerens livssituasjon. Rundskriv M-2/2004 pkt. 9.4.1.2 nevner at grunnene kan være knyttet til arbeids- eller utdannelsessituasjonen, familiære, helsemessige eller andre sosiale forhold, men utdyper ikke nærmere hva som ligger i dette.

Siden det forutsetningsvis bare er eiendommer knyttet til bondens næringsvirksomhet som er beheftet med boplikt, kan hensynet til eierens (aktuelle) yrke bare spille en underordnet rolle i fritaksvurderingen. Forutsetningen er jo at den eiendommen som skal tilflyttes, virkelig gir et «betydelig tilskudd til en families underhold» (jf. Sivillovbokutvalgets Rådsegn 10 s. 44), og hensikten er således at eieren etter omstendighetene vil måtte skifte arbeid. Når det etter rundskrivets pkt. 9.4.1.2 likevel er adgang til å se hen til søkerens arbeidssituasjon, har dette trolig sammenheng blant annet med at mange av de som overtar odelseiendommer vil måtte trenge en viss tid for å avvikle nåværende yrke, og det er da rimelig å innrømme en viss utsettelse slik at eieren kan ordne det praktiske rundt dette.

Dersom eiendommens avkastningsevne er slik at det er nødvendig for eieren å ta arbeid utenfor bruket, kan det imidlertid bli nødvendig å pendle. Avhengig av hvor eieren kan finne et arbeid som på bakgrunn av hans utdannings- og yrkesbakgrunn kan anses som passende, kan det etter omstendighetene bli tale om en betydelig pendleavstand. Det må etter mitt skjønn være klart at en slik pendling, og de negative konsekvensene dette har for søkeren, må anses som en del av hans livssituasjon som det etter lo-

ven skal legges «særlig» vekt på. Det er vanskelig å forstå bopliktreglene slik at eieren skal måtte gi opp sin aktuelle levevei, om enn midlertidig, dersom det er på det rene at eiendommen ikke kan gi full beskjefteigelse for ham.

A har i saken fremhevet at han vanskelig kan få anvendelse for sin kompetanse som sivilingeniør innen telekom i rimelig pendleravstand fra eiendommen. Dette synes støttet i en uttalelse 24. juli 2006 fra distriktsarbeidssjefen til fylkesmannen, der det bl.a. heter at det «i inneværende år [har] vært liten eller ingen, etterspørsel etter sivilingeniører i Kongsvinger området» og at hovedarbeidsmarkedsområdet i distriktet er Oslo og Romeriksområdet. Distriktsarbeidssjefen føyer til at han på bakgrunn av mediaoppslag det siste halvåret antok at arbeidsmulighetene i en pendleravstand på 1,5 - 2 timer fra Austmarika var forholdsvis gode.

En pendleravstand på mellom 1,5 og 2 timer fra bruket er etter mitt skjønn i overkant av hva man rimeligvis kan kreve av eieren når det er på det rene at han må finne arbeid utenfor eiendommen, og jeg kan vanskelig se saken annerledes enn at hensynet til As livssituasjon for så vidt taler for at det gis fritak fra boplikten.

Det er ellers grunn til å se hensynet til søkerens livssituasjon i sammenheng med hensynet til eiendommens avkastningsevne. Jeg minner her om at det sistnevnte hensynet tilhører dem det bare skal legges vekt, og altså ikke «særlig» vekt på. Lovgiver har således lagt opp til at selv om en eiendom i og for seg har en begrenset avkastningsevne, kan andre, mer tungtveiende hensyn tilsi at fritak fra boplikten ikke gis. Hensynet må likevel forstås slik at jo lavere avkastningsevne eiendommen har, desto lettere skal det være å få (varig) fritak fra boplikt.

Xs avkastningsevne ligger så lavt at jeg fant det tvilsomt om eiendommen kunne anses som odelsjord, slik at bopliktreglene i det hele tatt kommer til anvendelse. Men selv dersom det legges til grunn at X er odelsjord, synes avkastningsevnen i seg selv å tilsi at boplikten ikke bør opprettholdes på eiendommen. Dette synes særlig klart dersom hensynet til avkastningsevnen sammenholdes med As arbeidssituasjon: Han er virksom i en høyt spesialisert bransje der arbeidsmarkedet i praksis er konsentrert om noen få steder i landet, og med et betydelig høyere inntektspotensiale enn det eiendommen kan gi. Drift av eiendommen vil på den annen side - i følge kommunens opprinnelige vedtak 11. november 2002 i saken - ikke utgjøre mer enn 5 % av et årsverk. Eiendommens avkastningsevne er i tillegg så lav at A vil måtte være nødt til å utnytte sitt inntektspotensial så godt som mulig andre steder enn i gårdsdriften.

Jeg kan derfor vanskelig se saken annerledes enn at også hensynet til søkerens livssituasjon taler for å gi A fritak fra boplikten.

#### 4. Oppsummering

Slik min gjennomgang viser, er det flere hensyn i saken - også av dem som etter loven skal tillegges «særlig vekt» - som taler for at det i denne saken bør gis fritak fra boplikten. Selv om bosettingshensynet veier tungt, kan jeg ikke se at det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for at dette hensynet bør tillegges avgjørende vekt. Jeg kan - alle momentene i saken tatt i betraktning - heller ikke se at det er rettslig grunnlag for å opprettholde boplikt på X.

Jeg anbefaler derfor fylkeslandbruksstyret å behandle saken på nytt, og frita A fra boplikt på eienommen.

Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkeslandbruksstyrets fornyede vurdering av saken.»

Etter fylkeslandbruksstyrets fornyede behandling ble varig fritak fra boplikt gitt.

### 101.

#### **Spørsmål om en beslutning om ikke å kreve konsesjon etter forurensningsloven var et enkeltvedtak**

(Sak 2005/1360)

*Nærmeste hyttenabo og andre hytteeiere i området klaget over støy fra en vindmølle. De mente at vindmøllen laget så mye støy at fylkesmannen måtte konsesjonsbehandle tiltaket etter reglene i forurensningsloven. Fylkesmannen og Statens forurensningstilsyn mente at det ikke var nødvendig å konsesjonsbehandle tiltaket og at denne beslutningen ikke var et enkeltvedtak som kunne påklages. Klagerne anførte at avgjørelsen var et enkeltvedtak som de måtte kunne påklage til overordnet forvaltningsorgan.*

*Ombudsmannen kom etter en konkret vurdering til at avgjørelsen om ikke å kreve konsesjonsbehandling ikke var et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 litra b. Selv om beslutningen ble vurdert som en avgjørelse truffet under utøving av offentlig myndighet, ble den ikke ansett for å være bestemmende for klagernes rettigheter.*

A søkte Sel kommune om tillatelse til oppføring av en gårdsvindmølle. Navhøyden på den omsøkte vindmøllen var 31,5 meter. Rotorens diameter var 29 meter og vindmøllens totale høyde 45 meter. Kommunen avsto søknaden, blant annet under henvisning til at den var i strid med LNF-formålet i kommunedelplanen for området. Avslaget ble påklaget og kommunen tok klagen til følge. Hytteeiere i området påklaget vedtaket til Fylkesmannen i Oppland, som opphevet vedtaket på grunn av feil rettanvendelse. Fylkesmannen mente at oppføring av vindmølle var i strid med LNF-formålet og at tiltaket

derfor var avhengig av dispensasjon. A med flere søkte deretter om dispensasjon fra kommunedelplanens LNF-formål for oppføring av den tidligere omsøkte vindmøllen. Administrasjonen innstilte på å avslå søknaden ettersom den mente at det ikke forelå «særlige grunner», jf. plan- og bygningsloven (pbl.) § 7. Formannskapet fremmet imidlertid i møte 10. desember 2003 forslag om å gi dispensasjon, og det ble derfor vedtatt å oversende saken til berørte sektormyndigheter for uttalelse i samsvar med pbl. § 7 tredje ledd. Fylkesmannens miljøvernavdeling ga miljøfaglig høringsuttalelse i brev 19. mars 2004 til kommunen. Miljøvernavdelingen fremholdt at forelagte opplysninger om støy fra vindmøllen ikke tilsa at det var «grunnlag for å kreve behandling etter forurensningsloven». Kommunen vedtok å dispensere. Kommunen så positivt på alternative energiformer og mente at det var viktig å legge til rette for nyskaping og bærekraft innenfor landbruket. Vedtaket ble påklaget av en rekke hytteeiere i området. Klagerne mente i hovedsak at vindmøllen ville fremstå som et fremmedelement i tillegg til at flere, spesielt den nærmest hyttenabo, var bekymret for støy fra vindmøllen.

Fylkesmannen traff vedtak i klagesaken 16. juli 2004. Fylkesmannen mente at de hensyn og behov som talte for å dispensere måtte tillegges avgjørende vekt og konkluderte med at det forelå «særlige grunner». Fylkesmannen ga uttrykk for at saken hadde reist vanskelige avveiningsspørsmål, men at det ikke var grunnlag for å overprøve kommunens vurdering av om dispensasjon burde gis. Videre vurderte fylkesmannen tiltaket i forhold til pbl. § 74 nr. 2, men kom til at vindmøllen ikke ville bryte med omgivelsene på en slik måte at den kunne nektes med hjemmel i «skjønnhetsparagrafen». Fylkesmannen viste i vedtaket til fylkeskommunens og miljøvernavdelingens høringsuttalelse.

Advokat C klaget, på vegne av B, til Fylkesmannen i Oppland. B er nærmeste hyttenabo til gården. Vindmøllen er oppført 60 meter fra nabogrensen og 130 meter fra hans soveromsvindu. Advokaten opplyste at B hadde tatt til etterretning at fylkesmannens vedtak var endelig i forhold til plan- og bygningsloven. Han anførte imidlertid at fylkesmannen også skulle ha vurdert tiltaket etter forurensningsloven. Advokaten viste blant annet til at B eksplisitt hadde gjort gjeldende at vindmøllen var i strid med grenseverdiene for støy fastsatt av Statens forurensningstilsyn (SFT). SFTs støygrense for vindmøller ved nærmeste eller mest støyutsatte nabo ble anført å være 37 dBA. Advokaten mente at det kunnes stilles spørsmål ved den foreliggende støyrapporten. Støymålingen, som var utført av Interconsult på vegne av tiltakshaver, viste 40,9 dBA ved Bs hytte.

Fylkesmannen avviste klagen. Fylkesmannen mente at saken var behandlet i samsvar med retningslinjer fra SFT og fylkesmannens egen praksis. Fylkesmannen forklarte at det var blitt lagt vekt på at de ovenfor nevnte støygrensene kun er retningsgi-

vende, og at det i den enkelte sak foretas en konkret vurdering av om konsesjonsbehandling skal kreves etter forurensningsloven § 11. Når støyen er målt til å være marginalt over retningsgivende grenseverdi, måtte det etter fylkesmannens vurdering foretas «en konkret vurdering av de faktiske forhold i saken der en tar stilling til om konsesjonsbehandling vil kreves eller om støyforurensningen har en slik karakter at forurensningsloven § 8 tredje ledd kan komme til anvendelse». Fylkesmannen viste til at hun med bakgrunn i miljøvernavdelingens konkrete vurdering i høringsuttalelsen 19. mars 2004 hadde besluttet at «støyforurensningen var av en slik karakter at den falt inn under forurensningsloven § 8 tredje ledd og at en ikke ville kreve konsesjonsbehandling i det aktuelle tilfellet». Til slutt la fylkesmannen til grunn at beslutningen ikke var å betrakte som et enkeltvedtak som kunne påklages til overordnet forvaltningsorgan. Fylkesmannen konkluderte derfor med at klagen var avvist, men at avvisningsvedtaket var et enkeltvedtak som kunne påklages.

Fylkesmannens vedtak ble påklaget av advokaten. Han hadde en rekke innvendinger mot fylkesmannens vedtak. Først og fremst var han uenig i at det ikke var grunnlag for å kreve konsesjonsbehandling og at denne avgjørelsen ikke var et enkeltvedtak. Fylkesmannen oversendte klagen til SFT.

SFT var enig med fylkesmannen i at vurderingen/beslutningen som fremgikk av miljøvernavdelingens høringsuttalelse 19. mars 2004, og som ble referert i fylkesmannens vedtak 16. juli 2004, ikke var et enkeltvedtak. Synspunktet ble begrunnet med at fylkesmannen hadde foretatt en lovtolking. SFT fremholdt at «dette ikke [er] en beslutning som kan sies å være direkte bestemmende for rettigheter og plikter til private personer, og det er derfor ikke klagerett». Fylkesmannens vurdering av om tiltaket krevde konsesjon etter forurensningsloven ble tatt til etterretning.

D klaget til Miljøverndepartementet via SFT på behandlingen av klagen på Fylkesmannen i Opplands vedtak. SFT svarte i brev til D at vedtaket 15. februar 2005 gjaldt «et avvisningsvedtak der forholdet som påklages ikke er vurdert av forurensningsmyndigheten som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og som det følgelig ikke kan klages på». SFT presiserte at avvisningsvedtaket var prøvd på to forvaltningsnivåer og at det således var endelig. SFT fremholdt videre at SFT etter en helhetsvurdering hadde sett det som «hensiktsmessig å konsesjonsbehandle vindmøllen». SFT mente imidlertid at fylkesmannens avgjørelse lå «innenfor rammene for det forvaltningskjønn forurensningsmyndigheten skal utøve» og at det derfor var vanskelig å se at SFT skulle ha instruert fylkesmannen i å konsesjonsbehandle vindmøllen etter forurensningsloven. SFT opplyste også at en konsesjonsbehandling av virksomheter med relativt lave støynivåer og store tiltakskostnader ofte vil ha «mindre praktisk betydning». Det ble vist til at vindmøllen i visse situasjoner skul-

le medføre støy for én nabo på opp til ca. 41 dBA og konstatert at så lave støynivåer vanligvis ikke medfører krav om periodevis stans av vindmøllen eller flytting. Til slutt svarte SFT at støygrensen i en konsesjonstillatelse ville blitt lagt på et etter forholdene praktisk mulig og økonomisk forsvarlig nivå.

D klaget, sammen med nærmeste hyttenabo B, til ombudsmannen. Klagerne opplyste at de hadde utført en forskriftsmessig støymåling 23. juli 2005, der gjennomsnittlig støynivå utenfor Bs soveromsvindu over en halv time ble målt til 45,6 dBA ved en vindstyrke på 5-7 m/s. Klagerne fremholdt at «vindmøllen påvirker støymessig og forurensner også visuelt nærområdet til mange flere hytte- og tomteeiere». Klagerne fremholdt videre at rettsvirkningen av beslutningen om at avgjørelsen av konsesjonsspørsmålet ikke var et enkeltvedtak «i realiteten er en ren myndighetsutøvelse fra Fylkesmannens side; både i forhold til tiltakshaver som ved beslutningen får fastsatt sine rettigheter og gis anledning til å oppføre vindmøllen, og i forhold til dem som berøres av at vindmøllen oppføres». Klagerne gjorde gjeldende at saken skulle vært behandlet etter forurensningsloven og at SFT «i kraft av å være overordnet myndighet med generell instruksjonsmyndighet, jfr. rundskriv av 05.11.90, burde ha realitetsbehandlet Fylkesmannens lovanvendelse». De viste til forurensningsloven § 8 tredje ledd, og anførte at bestemmelsen angir en rettslig standard som i henhold til langvarig praksis blir tolket strengt slik at det skal lite til for at en miljøbelastning anses å ligge over terskelen i § 8 tredje ledd. Klagerne mente at retningslinjene vedrørende støy fra vindmøller er gitt for å forenkle og standardisere vurderingen av hva som ligger under konsesjonsgrensen. De la til grunn at den veiledende støygrensen er 37 dBA og at støyen ved Bs hytte måtte forventes å være «minst 41 dBA».

Fra foreleggelsesbrevet siteres:

«Sel kommune innvilget 31. mars 2004 dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 for oppføring av vindmølle på .... Slik ombudsmannen forstår saksdokumentene, kom kommunen til at vindmøllen kunne oppføres uten at det var nødvendig å søke om tillatelse etter forurensningsloven § 11, da tiltaket ikke ble ansett å medføre nevneverdige skader og ulemper, jf. forurensningsloven § 8 tredje ledd.

D klaget kommunens vedtak inn for Fylkesmannen i Oppland, både hva gjaldt dispensasjonen og vurderingen etter forurensningsloven § 8 tredje ledd. Etter det opplyste var fylkesmannen under saksforberedelsen i kontakt med Statens forurensningstilsyn for å få veiledning. Fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak 16. juli 2004, og fylkesmannens miljøvernavdeling kom til at det ikke var grunnlag for å kreve behandling etter forurensningsloven. Det ble opplyst at fylkesmannens vedtak var endelig, og at det ikke kunne påklages.

Klagers advokat henvendte seg deretter til fylkesmannen 23. juli 2004. Det ble erkjent at fylkesmannens vedtak var endelig i forhold til plan- og bygningsloven, men vurderingen etter

forurensningsloven måtte etter klagers mening kunne påklages i medhold av forurensningsloven §§ 81 og 85. Det ble på denne bakgrunn videre anført at fylkesmannen var pliktig til å behandle klagen, også etter forurensningsloven. Fylkesmannen kom tilbake til saken i brev 12. august 2004 og uttalte at «[e]n beslutning om ikke å kreve konsesjonsbehandling er ikke å betrakte som et enkeltvedtak som kan påklages til overordnet forvaltningsorgan, jf forvaltningsloven § 28».

Saken ble deretter brakt inn for Statens forurensningstilsyn som 15. februar 2005 sluttet seg til at vurderingen av forholdet til forurensningsloven ikke var et enkeltvedtak. Statens forurensningstilsyn begrunnet sitt standpunkt slik: «Etter SFTs vurdering foretar Fylkesmannen her en lovtolkning. Dette er ikke en beslutning som kan sies å være direkte bestemmende for rettigheter og plikter til private personer, og det er derfor ikke klagerett.»

SFT ble bedt om å kommentere anførselen om at beslutningen om ikke å kreve tillatelse for oppføringen av vindmøllen, måtte klassifiseres som et enkeltvedtak. Det ble vist til Ds anførsel om at «rettsvirkningene av beslutningen i realiteten er en ren myndighetsutøvelse fra Fylkesmannens side; både i forhold til tiltakshaver som ved beslutningen får fastsatt sine rettigheter og gis anledning til å oppføre vindmøllen, og i forhold til dem som berøres av at vindmøllen oppføres». Sakens problemstilling ble presisert til å være om kommunen hadde truffet et vedtak som det var klagerett på; mer presist om kommunens beslutning om at oppføringen av vindmøllen *ikke* krevde tillatelse etter forurensningsloven § 11, var en avgjørelse, eventuelt et enkeltvedtak, som kunne påklages. Det ble opplyst at ombudsmannen hadde registrert at Stortinget ved lov nr. 21/1983 endret forurensningsloven § 8 tredje ledd, slik at det ikke lenger følger av loven at beslutninger truffet i henhold til bestemmelsen er enkeltvedtak. Det ble videre forutsatt at lovteksten likevel ikke syntes å være til hinder for at slike beslutninger etter omstendighetene kan måtte klassifiseres som enkeltvedtak. Det ble i den forbindelse vist til Erik Boes artikkel inn tatt i Tidsskrift for rettsvitenskap 1999 side 5, hvor forfatteren konkluderer med at også «negative beslutninger» eller «ikke-inngrep» kan være enkeltvedtak. Statens forurensningstilsyn ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på om det kunne være grunn til å anse beslutningen som en avgjørelse/et vedtak med klagerett. Statens forurensningstilsyn ble herunder bedt om å vurdere beslutningens betydning for klagerens posisjon.

SFT hadde i svaret hit innledningsvis følgende merknader til beskrivelsen av saksforløpet i foreleggelsesbrevet:

«Ombudsmannen synes i brevet til SFT 7.11.05 å legge til grunn at Sel kommune i tilknytning til sitt vedtak 31.3.04 om dispensasjon etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 7, traff en avgjørelse om at det omsøkte tiltaket ikke trengte tillatelse etter forurensningsloven (fl.) § 11 basert på at tiltaket ble ansett for å forårsake forurensninger

som ikke medfører nevneverdige skader eller ulemper, jfr. fl. § 8 tredje ledd. Videre synes det lagt til grunn at Fylkesmannen i Oppland i sitt vedtak 16.7.04, der kommunens dispensasjonsvedtak etter pbl. § 7 ble stadfestet, «... kom til at det ikke var grunnlag for å kreve behandling etter forurensningsloven». Etter å ha gjennomgått saken og den dokumentasjon som er oversendt fra ombudsmannen finner SFT at dette, av flere grunner, bør bedømmes annerledes.

---

Etter det SFT kan se har kommunen riktignok i en saksutredning fra administrasjonen knyttet til deres vedtak 17.2.03 om å tillate gårdsmøllen etter plan- og bygningsloven, gitt uttrykk for at det ikke var påkrevd med tillatelse etter forurensningsloven. Noen egentlig avgjørelse av dette spørsmål fra kommunens side kan imidlertid vanskelig sies å foreligge i og med denne uttalelsen i saksutredningen. Standpunktet kan heller ikke ses å være noen formell forutsetning for det vedtaket kommunen traff slik at spørsmålet om konsesjonsplikt etter forurensningsloven eventuelt på det grunnlaget kunne vært ansett «avgjort» av kommunen. Kommunens vedtak 17.2.03, som altså den nevnte uttalelsen i saksutredningen er knyttet til, ble for øvrig opphevet ved Fylkesmannen i Opplands vedtak 26.9.03. Det må også tilføyes at myndighet til å treffe vedtak etter forurensningsloven i saker som gjelder vindmøller ikke er tildelt kommunen, men er lagt til fylkesmannen, jfr. delegasjon fra Miljøverndepartementet 22.12.00.

Etter Fylkesmannens opphevelsesvedtak 26.9.03 ble saken behandlet på ny, og da som en søknad om dispensasjon etter pbl. § 7. Kommunen traff vedtak om innvilgelse av slik dispensasjon i vedtak 31.3.04. Vi kan ikke se at det knyttet til kommunens dispensasjonsvedtak fremkommer noe standpunkt fra kommunens side med hensyn til spørsmålet om eventuell konsesjonsplikt etter forurensningsloven. Selve vedtaket 31.3.04 sier intet om spørsmålet, og heller ikke saksutredningen som ligger til grunn for kommunens vedtak kan ses å inneholde noen vurdering av forholdet til forurensningsloven. (Kopi av vedtaket med saksutredning følger vedlagt.) Som nevnt ovenfor har for øvrig kommunen heller ikke fått tildelt noen myndighet til å treffe vedtak etter forurensningsloven på dette området».

SFT svarte videre:

«Dispensasjonssøknaden hadde i tråd med pbl. § 7 tredje ledd siste punktum bl.a. vært sendt Fylkesmannen i Oppland til uttalelse. Fylkesmannen avga en høringsuttalelse til kommunen 19.3.04 der han ikke motsatte seg at det ble gitt dispensasjon som omsøkt, selv om han advarte mot det økte konfliktnivået i området som en innvilgelse kunne medføre. I høringsuttalelsen gir Fylkesmannen også uttrykk for at det etter hans syn ikke vil være grunnlag for å kreve behandling av den planlagte virksomheten etter forurensningsloven. Selv om en skulle innta et standpunkt til tolkningen av forvaltningsloven (fv1.) § 2 første ledd bokstav a) etter de linjer Erik Boe argumenterer for i TfR 1999 s. 5 flg., kan det etter vårt skjønn ikke være aktuelt å bedømme Fylkesmannens formuleringer knyttet til forurensningsloven i en høringsuttalelse til kom-



munen som et vedtak i forvaltningslovens forstand. En slik uttalelse må etter vårt skjønn ses som et meningsutsagn som allerede i utgangspunktet ikke kan innebære noen avgjørelse av det spørsmål den omhandler.

Kommunens dispensasjonsvedtak ble stadfestet ved Fylkesmannens klagevedtak 16.7.04. I sin gjennomgang av høringsuttalelsene refererer Fylkesmannen kort også sin egen uttalelse av 19.3.04, uten at dette kan endre dens karakter av en ren uttalelse som ikke innebærer noen avgjørelse av spørsmålet om konsesjonsplikt etter forurensningsloven. Standpunktet til forurensningsloven utgjør etter det vi kan se heller ingen forutsetning for innvilgelse av dispensasjon etter pbl. § 7.

---

Frem til det stadium i saken som er gjennomgått ovenfor foreligger altså ikke etter SFT's vurdering noen avgjørelse av spørsmålet om konsesjonsplikt etter forurensningsloven - verken fra kommunens eller Fylkesmannens side - som eventuelt kunne være gjenstand for klagerett etter forvaltningslovens kapittel VI. Brevet fra adv. C 23.7.04 på vegne av klagerne, der Fylkesmannens vedtak av 16.7.04 ble «påklaget til SFT» for så vidt gjaldt tiltakets forhold til forurensningsloven, måtte derfor i og for seg avvises som klagesak. På bakgrunn av at noen avgjørelse av spørsmålet om konsesjonsplikt etter forurensningsloven på det tidspunkt ennå ikke kunne anses å foreligge, ville det korrekte imidlertid vært å (førsteinstans) behandle «klagen» som en henvendelse der det ble krevd at Fylkesmannen skulle fastslå at den planlagte virksomheten var konsesjonspliktig etter forurensningsloven. Fylkesmannen behandlet imidlertid av ganske forståelige grunner advokatens brev 23.7.04 som en klage. Til tross for dette og at han i sin avgjørelse 12.8.04 kom til at klagen måtte «avvises», er det grunnlag for å se det slik at Fylkesmannen her foretok en vurdering som rent innholdsmessig tilfredstilte de krav det er rimelig å stille til en realitetsbehandling av en slik henvendelse. Vi viser til at Fylkesmannen under henvisning til advokatens brev 23.7.04 gjennomgår nok så utførlig problemstillingen knyttet til forurensningsloven og begrunner hvorfor han ikke anser den planlagte virksomheten som konsesjonspliktig.

Legger en denne vurderingen av saksforløpet til grunn skulle SFT for sin del i tilfelle ikke behandle saken som en klage over et avvisningsvedtak fra Fylkesmannen, men som en klage over Fylkesmannens standpunkt 12.8.04 til realiteten, som altså gikk ut på at den planlagte virksomheten ikke ville være konsesjonspliktig etter forurensningsloven. Resultatet av en klagebehandling ville imidlertid også under denne forutsetning vært en avvisning av klagen fra SFTs side og med samme begrunnelse, nemlig at Fylkesmannens standpunkt ikke i seg selv representerte en avgjørelse som var bestemmende for de berørtes rettigheter og plikter og derved ikke utgjorde et enkeltvedtak som var gjenstand for klagerett, jfr. nedenfor.»

Når det gjaldt forholdet til vedtaksbegrepet i fvl. § 2 og spørsmålet om klagerett, svarte SFT:

«Forvaltningsloven legaldefinerer i § 2 første ledd bokstav a) begrepet «vedtak», som bl.a. lo-

vens regler om klagerett i kapittel VI er direkte knyttet til. Det fremgår her at det i forvaltningsloven med «vedtak» menes en «... avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som ... er bestemmende for rettigheter og plikter til private personer ...». I definisjonens krav så vel som at det må treffes en avgjørelse som at denne må være bestemmende for rettigheter og plikter, ligger slik vi ser det at det må finne sted en selvstendig normering fra forvaltningens side. Vilkåret om at det må være tale om utøvelse av offentlig myndighet tilsier for øvrig det samme. Forholdet mellom offentlig myndighetsutøvelse og utøvelse av myndighet med grunnlag f.eks. i eierrådigheten eller den alminnelige avtalekompetansen, skal ikke kommenteres her. Poenget i denne sammenheng ligger i at det må være tale om myndighetsutøvelse - m.a.o. at det foreligger en avgjørelse av et spørsmål som har normeringsvirkning. Selv om ikke-bruk av kompetanse ikke godt lar seg forene med uttrykket myndighetsutøvelse, vil vi ikke hevde at dette i seg selv utelukker at ikke-bruk av kompetanse kan ses som vedtak. Men det må i hvert fall foreligge en avgjørelse av et spørsmål om bruk av kompetanse.

Forurensningslovens system er at enhver forurensende virksomhet er forbudt uten konsesjon etter § 11 med mindre den «er lovlig etter §§ 8 eller 9», jfr. fl. § 7. Forskrift etter fl. § 9 som lovliggjorde slik virksomhet som i dette tilfelle var planlagt, forelå ikke. Det heter i fl. § 8 tredje ledd at «Forurensninger som ikke medfører nevneverdige skader eller ulemper kan finne sted uten tillatelse etter § 11». Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd knytter an til konsesjonssystemet, etablerer den en generell nedre grense for forurensning som er forbudt etter loven, jfr. den nettopp siterte formulering i § 7.

I den foreliggende sak var situasjonen slik at det «inngrep» det var tale om, til forskjell fra andre saker om «ikke-inngrep» ombudsmannen har hatt til vurdering, ikke slik bruk av en særskilt kompetanse fra forvaltningens side, men bestod i at forurensningslovens alminnelige regler om konsesjonsplikt for forurensende virksomhet etter sitt eget innhold eventuelt skulle anses å komme til anvendelse. Noen konkret begjæring om individuell myndighetsutøvelse forelå ikke. Spørsmålet gjaldt hvorvidt den planlagte virksomhet skulle anses konsesjonspliktig i henhold til fl. § 7 jfr. § 8 eller ikke. Et positivt svar til dette spørsmål kunne ikke slik saken lå an utløst noe selvstendig inngrep fra forurensningsmyndighetens side f. eks. i form av pålegg etter fl. § 7 fjerde ledd overfor ulovlig forurensning. Det fant på dette tidspunkt ikke sted noen forurensende virksomhet.

Forurensningsloven § 7 første ledd medfører normalt ikke et krav om tillatelse etter forurensningsloven for selve oppføringen av bygning eller installasjon hvorfra forurensende virksomhet skal finne sted. Dette kan riktignok stille seg annerledes der oppføringen skaper en kvalifisert risiko for et vesentlig bidrag til den samlede forurensningssituasjon som følge av at de foretatte investeringer vil kunne legge avgjørende føringer for den senere konsesjonsvurdering. Et slikt synspunkt har imidlertid hittil bare vært lagt til grunn i forbindelse med bygge- og anleggsarbeidene for Asgard-anleggene på Kårstø, for det planlagte gasskraftanlegget på Kårstø og for

Snøhvit LNG på Melkøya, der utbyggingstiltakene har vært meget omfattende.

På denne bakgrunn er det SFTs oppfatning at det standpunkt til spørsmålet om konsesjonsplikt etter forurensningsloven som ble tilkjennegitt ved Fylkesmannens brev 12.8.04, ikke kan ses som noen avgjørelse som er bestemmende for rettigheter eller plikter og således som et vedtak i forvaltningslovens forstand. Dette må gjelde selv om en skulle legge til grunn en nokså liberal tolkning av forvaltningslovens vedtaksbegrep i relasjon til unnlatt bruk av kompetanse i form av «ikke-inngrep», slik Erik Boe argumenterer for i TfR 1999 s. 5 flg.»

Klagerne kommenterte SFTs svar. De bemerket innledningsvis at svarbrevet fra SFT «både i sin form og etter sitt innhold er vanskelig tilgjengelig for allmennheten om man ikke besitter spesialkunnskap innenfor saksområdet». De gjentok at fylkesmannens unnlattelse av å behandle tiltaket etter forurensningsloven har fått store konsekvenser for flere av naboene. Videre anførte de at «unnlattelse lett blir sett på som faktiske handlinger og ikke vedtak fordi en unnlattelse vil konservere status quo» og at de som følge av unnlattelsen kom «vesentlig dårligere ut» enn om saken hadde blitt konsesjonsbehandlet. Klagerne fremholdt at de hadde lagt frem så mye dokumentasjon på at normen på 37 dBA ville bli overskredet at det var vanskelig å se at ikke terskelen for konsesjonsbehandling var overtrådt. Etter klagerne mening, kunne det i ettertid se ut til at «saksbehandlingen kan ha styrt i retning av at det er lettere å gi unntak for et etablert, forurensende tiltak enn på forhånd å godkjenne et planlagt forurensende tiltak».

SFT kom tilbake til saken. Det ble uttrykt forståelse for at saken for klagerne fremsto som vanskelig tilgjengelig, samtidig som det etter SFTs mening var vanskelig å unngå dette ettersom saksforløpet er komplisert i tillegg til at saken omhandler prinsipielle juridiske spørsmål.

D opplyste deretter at de ikke hadde ytterligere merknader til saken. B gjentok at oppføringen av vindmøllen har fått alvorlige følger for han og hans eiendom. Han anførte at støyen fra vindmøllen har gjort hans hytte «ubrukkelig til sitt formål som er rekreasjon».

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:**

«Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) § 8 tredje ledd lyder:

«Forurensninger som ikke medfører nevneverdige skader eller ulemper kan finne sted uten tillatelse etter § 11.»

Bestemmelsen kom inn ved en lovendring i 1983 og erstattet en tidligere bestemmelse om at forurensningsmyndigheten kunne bestemme at forurensning

ger som ikke medførte nevneverdige skader eller ulemper kunne finne sted uten tillatelse. Slik beslutning måtte etter det jeg forstår foretas i enkeltvedtak eller ved forskrift. Bakgrunnen for lovendringen var et ønske fra SFT om å kunne la mindre viktige forurensningssaker ligge dersom dette ble vurdert som riktig ut fra en prioritering av hvilke saker en burde arbeide med. Dette ville innebære «ein vesentleg rasjonaliseringsgevinst i sakshandsaminga», jf. Innst. O. nr. 49 (1982-83) s. 4. Regelen skal forstås slik at virksomhet som kun medfører ubetydelig skade eller ulempe ikke bare er fritatt for å søke om tillatelse etter § 11, men også slik at virksomheten er tillatt/lovlig.

Fylkesmannen er forurensningsmyndighet. Fylkesmannen i Opplands miljøvernavdeling vurderte vindmøllens støy i forbindelse med dispensasjonssaken. I brev 19. mars 2004 til Sel kommune tok miljøvernavdelingen utgangspunkt i støyrapporten fra Interconsult og vurderte rapportens forutsetninger og konklusjoner konkret. Fylkesmannen konkluderte med at hun «som regional støymyndighet ikke [vil] motsette seg en plassering av nevnte vindmølle som omsøkt». Jeg forstår det slik at denne delen av vurderingen var knyttet opp mot plan- og bygningslovens regler. Fylkesmannen uttalte imidlertid i forlengelsen av dette at hun ikke kunne se at «det med utgangspunkt i støyrapporten fra Interconsult eller foreliggende støyretningslinjer, vil være grunnlag for å kreve behandling etter forurensningsloven». Spørsmålet er om dette standpunktet fra fylkesmannens side til eventuell konsesjonsplikt etter forurensningsloven var et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Jeg nevner for ordens skyld at jeg er enig med SFT i at Sel kommune ikke tok stilling til forholdet til forurensningslovens konsesjonsregler og at en eventuell beslutning om ikke å kreve søknad om konsesjon da først forelå i og med miljøvernavdelingens høringsuttalelse.

Etter forvaltningsloven av 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav a er «vedtak» definert som «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)». Forvaltningsloven deler vedtakene i to undergrupper - enkeltvedtak og forskrifter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b og c. Enkeltvedtakene er vedtak som «gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer», jf. § 2 første ledd bokstav b. Som det fremgår, har vedtaksbegrepet i forvaltningsloven et snevrere innhold enn den mer generelle betegnelsen «avgjørelse», som også benyttes i forvaltningsloven, jf. for eksempel lovens § 6 om habilitetskrav.

Skillet mellom enkeltvedtak og andre avgjørelser har stor betydning for hvilke prosessuelle rettigheter partene og andre berørte i forvaltnings-saken har, og for hvilke regler offentlige forvaltningsorganer må følge ved behandlingen av saken. Saksbehandlings-

reglene i forvaltningsloven kap. IV-VI om bl.a. forhåndsvarsel, utrednings- og opplysningsplikt, dokumentinnsyn, begrunnelse og klage får bare anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 3 første ledd.

Den nærmere avgrensingen mellom enkeltvedtak og andre avgjørelser må skje etter en konkret vurdering. Utgangspunktet må tas i ordlyden, men vurderingen kan ikke begrenses til en drøftelse av om avgjørelsen etter en språklig tolkning faller inn under legaldefinisjonen i lovens § 2. Også reelle hensyn vil stå sentralt. Det må spørres om avgjørelsen er av en slik karakter at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak *bør* komme til anvendelse. Hensynet til partenes rettssikkerhet, forvaltningens arbeidsbyrde og andre praktiske forhold vil måtte tillegges vesentlig vekt.

I saken her er det etter min mening - og i motsetning til hva SFT har lagt til grunn - tale om en «avgjørelse» i forvaltningsloven § 2s forstand. Avgjørelsen var verken midlertidig eller prosessledende, og uttalelsen i miljøvernavdelingens brev må forstås slik at dens formål var å *avgjøre* forholdet til forurensningsloven, ikke å komme med et uforbindende meningsutsagn. Det er videre på det rene at det er tale om en avgjørelse som er truffet «under utøving av offentlig virksomhet», jf. at avgjørelsen ble tatt av fylkesmannen som forurensningsmyndighet.

Spørsmålet blir etter dette om avgjørelsen var bestemmende for rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer. Forvaltningslovens forarbeider gir grunnlag for å si at rettighetsbegrepet må forstås i en vid betydning. Med plikt tenkes først og fremst på avgjørelser som inneholder påbud eller forbud eller som innskrenker en eksisterende frihet eller rettighet. Avgjørelser som gjelder rene prosessuelle rettigheter og plikter faller utenfor lovens rettighets- og pliktbegrep.

Det kan stilles spørsmål om hvem vurderingen skal gjøres i forhold til når saken - som her - ikke bare involverer forvaltningen og parten, men også en eller flere tredjemenn. Etter min mening er det mest naturlig å vurdere om det *i forhold til den som pretenderer at det foreligger et enkeltvedtak* er fattet en avgjørelse som er bestemmende for *denne* eller disse private personenes rettigheter eller plikter. Jeg vil altså ikke vurdere avgjørelsens betydning for *tiltaks-haverens* rettigheter og plikter. Det er videre nødvendig å foreta en samlet vurdering av om avgjørelsen gjelder rettigheter og/eller plikter og om den i så fall er «bestemmende» for disse. Spørsmålet er om fylkesmannens beslutning om ikke å kreve konsesjonssøknad er et enkeltvedtak, mer presist om denne unnlåtelsen av å bruke kompetanse oppfyller vilkårene for å være enkeltvedtak. Det er i utgangspunktet ikke tvilsomt at såkalt ikke-bruk av kompetanse («negative vedtak») etter omstendighetene kan være bestemmende for rettigheter og plikter, men det finnes flere «varianter» av denne problemstillingen. Graver, «Alminnelig forvaltningsrett» (2. utga-

ve 2002), argumenterer på side 355-356 for at spørsmålet i trepartskonstellasjoner som den foreliggende (der forvaltningen har kompetanse til å gripe inn overfor noen og en annen henvender seg til forvaltningen og ber om at denne treffer vedtak om inngrep eller lignende) best løses ut fra «en legislativ vurdering av om inngrepskompetansen først og fremst er begrunnet i mer generelle samfunnsmessige hensyn, eller om den også er begrunnet i hensynet til tredjemann, slik at denne bør gis konkrete rettigheter i saksbehandlingen». Synspunktet harmonerer godt med det ovenfor omtalte betydningen av reelle hensyn.

Jeg har vurdert om og i så fall i hvilken grad klagerne berøres av avgjørelsen. Jeg har i utgangspunktet noe vanskelig for å se at deres *rettslige* stilling blir berørt ved at det ikke kreves konsesjonsbehandling. Det er mulig at de opplever at de *faktisk* berøres av avgjørelsen, men dette er ikke tilstrekkelig til at den kan klassifiseres som enkeltvedtak. Avgjørelsens faktiske betydning for klagerne måtte eventuelt være det forhold at sannsynligheten for at tiltakshaver skal bli pålagt å stanse vindmøllen deler av døgnnet eller å flytte den til en annen og mindre sjenerende plassering blir redusert uten konsesjonsbehandling etter forurensningsloven.

Det er som nevnt vanskelig å se hvilke konkrete rettigheter eller plikter avgjørelsen eventuelt skulle være direkte bestemmende for. Som nevnt innledningsvis, er reelle hensyn en tungtveiende rettskildfaktor i forhold til dette vurderingstemaet. Det skal blant annet legges vekt på om det er tale om en avgjørelse som det ut fra rettssikkerhetshensyn *bør* kunne påklages. Etter min mening, er det derfor i denne saken naturlig å legge vekt på at klagerne har andre muligheter å ivareta sine interesser enn gjennom konsesjonsbehandling etter forurensningsloven. Saken har vært undergitt en grundig behandling etter plan- og bygningsloven, der også klagerne fikk fremføre sine synspunkter. Videre står klagerne fritt til å anmode kommunen om å treffe vedtak etter reglene om miljørettet helsevern i kapittel 4a i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven). De har også anledning til å reise sak for domstolene med krav om stans av driften m.v. i medhold av lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom granner (grannelova). Jeg viser i den forbindelse til en dom inntatt i Rt. 1991 side 1281, der det av hensyn til naboene ble fastsatt begrensninger i driften av en vindmølle. Jeg finner etter dette at det i vurderingen av om avgjørelsen er bestemmende for klagernes rettigheter bør legges vekt på at det finnes andre rettsgrunnlag som disse kan påberope seg. SFT har for øvrig i brevet hit 19. juni 2006 opplyst at klagerne, dersom de har nye opplysninger om støyforholdene, står fritt til «å ta spørsmålet om forholdet til forurensningsloven opp med forurensningsmyndigheten (dvs. Fylkesmannen) på ny».

Det kan også legges vekt på om den aktuelle inn-

grepskompetansen først og fremst er begrunnet i mer generelle samfunnsmessige hensyn eller om den også er begrunnet i hensyn til tredjemann. Forurensningsloven er hovedsakelig en offentligrettslig lov, og dette taler derfor mot at avgjørelsen er et enkeltvedtak.

Dersom avgjørelsen rubriseres som et enkeltvedtak med klagerett, ville forurensningsmyndighetens adgang til selv å vurdere og prioritere bruken av sine ressurser blitt sterkt påvirket. Dette ville harmonere mindre godt med begrunnelsen for den endringen som ble gjort i forurensningsloven § 8 tredje ledd i 1983, som delvis var at forurensningsmyndigheten måtte kunne la saker ligge dersom dette ble funnet riktig ut fra en prioritering av ressursene. Det må også legges vekt på at det før endringen fulgte av bestemmelsens ordlyd at beslutninger om ikke å gripe inn mot forurensninger måtte gjøres i enkeltvedtak eller forskrift. Når lovgiveren mente at dette ikke lenger uten videre var nødvendig, er det naturlig at terskelen for at disse beslutningene likevel skal betraktes som enkeltvedtak, legges relativt høyt.

Jeg er etter dette kommet til at beslutningen ikke er et enkeltvedtak.»

## 102.

### **Pålegg om tinglysning av rådighetsbegrensning etter forurensningsloven**

(Sak 2005/1325)

*Det ble gitt pålegg fra forurensningsmyndigheten til private grunneiere om å tinglyse en rådighetsbegrensning på eiendommens grunnboksblad. Grunneierne reiste spørsmål om det var hjemmel til dette både etter forurensningsloven og tinglysningsloven. Det ble også stilt spørsmål om det var et enkeltvedtak eller en forskrift.*

*Ombudsmannen mente det var tvilsomt om pålegget var hjemlet i lovgivningen og ba Miljøverndepartementet om å vurdere sitt vedtak på ny.*

Statens forurensningstilsyn (SFT) fattet 26. mars 2004 følgende vedtak:

«SFT pålegger med hjemmel i forurensningsloven § 7 fjerde ledd grunneierne å besørge tinglysing av denne rådighetsbegrensning på eiendommens grunnboksblad, jf tinglysningsloven § 5:

«På denne eiendommen befinner det seg forurensede masser innenfor avmerket område på vedlagt kart. Bygge- og gravearbeider på eiendommen kan ikke finne sted uten at forurensningsmyndigheten er varslet og eventuelt har gitt sin tillatelse til slike arbeider. Ved fradeling av eiendom skal heftelsen følge med til fradelte eiendommer. Videre skal forurensningsmyndigheten varsles dersom faktisk bruk av eiendommen endres vesentlig. Denne heftelse kan bare slettes etter samtykke fra forurensningsmyndigheten som for tiden er Statens forurensningstilsyn.»

Grunneierne skal innen 3 måneder sende SFT dokumentasjon på at tinglysing er foretatt.»

Bakgrunnen for vedtaket var en undersøkelse iverksatt av SFT som viste rester etter røykleggingsmidler på den aktuelle eiendommen. Restene etter røykleggingsmidler stammet fra krigshandlinger under den annen verdenskrig.

Etter SFTs vurdering var det liten risiko for at det oppstår negative helse- og miljøvirkninger med utgangspunkt i dagens arealbruk, så lenge det ikke graves på eiendommen eller faren for spredning endres på annen måte. SFT mente imidlertid at en endring til en mer følsom arealbruk ville kunne regnes som «noe som fører til at tidligere forurensninger blir til økt skade eller ulempe», jf. forurensningsloven § 6 andre ledd, og at en vesentlig endring av arealbruken derfor kan være i strid med forurensningsforbudet i § 7 og således kreve tillatelse etter § 11.

Vedtaket ble påklaget av grunneierne.

Miljøverndepartementet stadfestet SFTs vedtak men foretok en presisering i ordlyden. I departementets vedtak het det:

«Klager skal innen 3 måneder fra dette brevets dato sørge for tinglysning av følgende rådighetsbegrensning på sin eiendom:

«På denne eiendommen befinner det seg forurensede masser innenfor avmerket område på vedlagte kart. Bygge- og gravearbeider innenfor det avmerkede området skal ikke finne sted uten at Statens forurensningstilsyn (SFT) er varslet og eventuelt har gitt tillatelse. Ved fradeling skal heftelsen følge den eller de eiendommer hvor det avmerkede området helt eller delvis befinner seg. Ved vesentlig endret bruk av det avmerkede området skal SFT varsles. Heftelse på eiendom som helt eller delvis omfatter det avmerkede området kan bare slettes etter samtykke fra SFT.»

Advokat A brakte på vegne av grunneierne saken inn for ombudsmannen.

I klagen ble det hevdet at departementet ikke har hjemmel for vedtaket. Det ble blant annet anført at pålegget ikke «står i rimelig forhold til de skader og ulemper som skal unngås», jf. forurensningsloven § 7 andre ledd. Videre ble det anført at det ikke er rimelig at staten skal kunne legge ansvaret for slik forurensning på dagens grunneiere. Ifølge klagen ville det være en bedre løsning at området legges inn som spesialområde i kommuneplanens arealdel og i eventuell reguleringsplan, eller at det offentlige rydder opp i området. Det ble også stilt spørsmål om det er anledning til å tinglyse et slikt pålegg i grunnboken.

Ved brev herfra ble enkelte sider av saken tatt opp med departementet. I brevet het det blant annet:

«Slik ombudsmannen forstår departementets vedtak, har dette i hovedsak to rettslige virkninger:

A. Et forbud for klagerne mot å sette i gang nærmere angitt aktivitet (bygge- og gravearbeid)

der/vesentlig endret bruk) uten å varsle SFT og eventuelt innhente tillatelse.

- B. Et påbud om å tinglyse rådighetsbegrensningen på eiendommens blad i grunnboken.

Ombudsmannen forstår det altså slik at vedtaket legger rådighetsbegrensninger på klagerne i form av forbudet mot nærmere angitt aktivitet (punkt A ovenfor) og at disse rådighetsbegrensningene er bindende for klagerne i og med vedtaket, dvs. uavhengig av at pålegget tinglyses.

1. På denne bakgrunn ber ombudsmannen departementet redegjøre nærmere for hva som er hensikten med påbudet om tinglysning.

Mener departementet at tinglysning vil medføre en ytterligere begrensning av klagerens rådighet, dvs. utover de begrensninger som allerede følger av forbudet i punkt A ovenfor?

Mener departementet at klagerne på annen måte vil få utvidede plikter som følge av en tinglysning?

2. Mener departementet at rådighetsbegrensningene (dvs. forbudet i punkt A ovenfor) vil være bindende for eventuelle fremtidige erververe av grunn som omfattes av vedtaket? Det bes særlig om departementets syn på hvilken betydning tinglysning vil ha for dette spørsmålet.

3. Har departementet noen oppfatning av om det er adgang til å tinglyse et slikt pålegg i grunnboken?

4. I klagen hit er det anført at det ikke er rimelig å legge ansvaret for den aktuelle forurensningen på dagens grunneiere. Det er blant annet vist til at forurensningen er gammel og at den er oppstått som følge av krigshandlinger.»

I departementets svarbrev het det blant annet:

«1. Ombudsmannen ber om en nærmere redegjørelse for hva som er hensikten med påbudet om tinglysning

Etter departementets vurdering er det ikke slik at selve tinglysningen medfører en ytterligere begrensning i eierens rådighet enn det som følger av rådighetsbegrensningen. Miljøverndepartementet kan heller ikke se at tinglysningen gir nye plikter for grunneier ut over det å sørge for at tinglysingsgebyret blir betalt. Selve tinglysningen er etter departementets vurdering lite byrdefullt for klagerne.

---

Hovedhensikten med tinglysning er å sikre publisitet og notoritet omkring forurensningssituasjonen på eiendommen og de rådighetsbegrensninger som følger av loven selv og det aktuelle vedtaket. Grunnforurensning kan som nevnt representere et betydelig forurensningspotensial over lang tid. Dette medfører en risiko for at kunnskap om forurensningssituasjonen på eiendommen går tapt, og at eksempelvis arvinger iverksetter tiltak på eiendommen uten at de eller forurensningsmyndighetene er informert. Det er derfor svært viktig at kunnskapen om forurensningen sikres og videreføres til andre brukere av eiendommen. Gjennom grunnboka blir potensielle erververe på en utvetydig måte kjent med at eiendommen er forurenset og at tillatelse må innhentes før eventuelle tiltak settes i verk på eiers initiativ. Tinglysningen har derfor en viktig varslingsfunksjon overfor alle som kommer i kontakt med eiendommen. Ved at en videre krets av personer gjøres kjent med forurensningssituasjonen

på eiendommen reduseres risikoen for at det iverksettes tiltak på eiendommen som kan medføre skade på helse og miljø.

Tinglysning må derfor ses på som et egnet virkemiddel til erstatning for mer tyngende pålegg i form av fysiske opprydnings- eller sikringstiltak. Dette ville være langt mer kostbart og lite hensiktsmessig sett fra den ansvarliges perspektiv.

2. Mener departementet at rådighetsbegrensningene (dvs. forbudet i punkt A ovenfor) vil være bindende for eventuelle fremtidige erververe av grunn som omfattes av vedtaket? Det bes særlig om departementets syn på hvilken betydning tinglysning vil ha for dette spørsmålet.

Utgangspunktet for vurderingen av om forurensningsmyndighetene kan pålegge fremtidige erververe av fast eiendom plikter, er etter departementets vurdering forurensningslovens § 7 fjerde ledd. Hvorvidt forurensningsmyndighetene kan pålegge fremtidige erververe av fast eiendom plikter reiser også problemstillinger i forhold til definisjonen av enkeltvedtak og kravet til forhåndsvarsling i forvaltningsloven. Samtidig påpeker departementet at det vil være lite hensiktsmessig å vedta rådighetsbegrensningene som gjelder den enkelte eiendom i forskrifts form.

Etter departementets vurdering er ikke pålegget om rådighetsbegrensninger bindende for fremtidige erververe. Fremtidige erververe vil under enhver omstendighet omfattes av forurensningslovens bestemmelser og må anses for å «ha» forurensning, jf. lovens § 7. På lik linje med tidligere eier må erverver av eiendom ikke sette i verk noe som kan medføre fare for forurensning, jf. første ledd. Dette innebærer i seg selv en bruksbegrensning av eiendommen.

Tinglysning av pålegget har ingen betydning for vurdering av gyldigheten til pålegget om rådighetsbegrensningen. Tinglysningen har likevel som nevnt en viktig varslingsfunksjon ved at den gjør ny erverver kjent med forurensningssituasjonen. Dette medfører en redusert risiko for at eksisterende forurensning fører til skade på helse og miljø.

3. Adgang til å tinglyse et slikt pålegg i grunnboken?

Departementet bemerker at vår praksis om å pålegge tinglysning av rådighetsbegrensning har resultert i en omfattende tinglysningspraksis for at slike heftelser tinglyses på eiendommens grunnboksblad.

4. I klagen er det anført at det ikke er rimelig å legge ansvaret for den aktuelle forurensningen på dagens grunneiere. Det er blant annet vist til at forurensningen er gammel og at den er oppstått som følge av krigshandlinger.

Det er ikke tvilsomt at grunneierne er i en forurensningssituasjon og må anses for å «ha» forurensning, jf. forurensningslovens § 7. Grunneierne kan derfor anses for å være ansvarlig forurener i forurensningslovens forstand. I de saker hvor den opprinnelige forurener er ukjent er det normalt grunneier som må bære kostnadene ved en eventuell opprydning. I saker hvor den opprinnelige forurener er kjent rettes et eventuelt pålegg mot denne.

I denne saken har departementet etter en konkret vurdering kommet frem til at dagens grun-

neiere er de nærmeste ansvarlige til å gjennomføre det aktuelle pålegget. Dersom øvrige tiltak skulle bli nødvendige for å motvirke forurensning fra eiendommen, må ansvarsspørsmålet på ny vurderes konkret. Det er ingen automatikk i at grunneieren blir ansvarlig for eventuelle fremtidige pålegg om tiltak selv om de er pålagt rådgighetsbegrensninger og plikt til å sørge for tinglysning av disse. Miljøverndepartementet vil for øvrig bemerke at pålegget om tinglysning i denne saken ikke medfører nevneverdige byrder for grunneierne veid opp mot forurensningspotensialet fra eiendommen.

#### 5. Kommentarer fra departementet

Når matrikkelloven trer i kraft, trolig 1. januar 2007, vil pålegg om rådgighetsbegrensninger bli registrert i matrikkelen. Forurensningsmyndigheten kan da med hjemmel i forurensningsloven § 51 a registrere at eiendommen er forurenset, sammen med eventuelle øvrige pålegg som gjelder forurensning på vedkommende matrikkelenhet.»

Departementets svar ble kommentert av A. I brevet ble det hevdet at departementet hadde lagt byrder på grunneierne uten å ha vurdert saken fullt ut. Det ble vist til at departementet under punkt 4 i sitt svarbrev påpekte at det ikke er automatikk i at grunneierne blir ansvarlige for eventuelle fremtidige pålegg om tiltak, og samtidig under punkt 1 anførte at tinglysning må anses som et egnet virkemiddel til erstatning for mer tyngende pålegg i form av fysiske opprydnings- eller sikringstiltak. Ifølge A var det ikke lett å forstå at departementet kan pålegge tinglysning og tilhørende kostnader med den begrunnelse at dette er en mindre byrde for grunneierne enn andre tiltak som departementet ikke har vurdert om grunneierne er ansvarlige for.

As brev ble kommentert av departementet. Det ble påpekt at etter departementets vurdering gir forurensningsloven § 7 fjerde ledd hjemmel til å pålegge tinglysning og at dette også følger av langvarig forvaltningspraksis.

Til As anførsel om at pålegget var gitt uten at saken var fullt ut vurdert, skrev departementet blant annet at det anså pålegg om tinglysning som et egnet virkemiddel i saken. Det ble i denne forbindelse opplyst at kostnaden ved tinglysning utgjorde kr 1 548. Videre fremhevet departementet at grunneier alltid er i posisjon til å ilegges ansvar for å gjennomføre tiltak, jf. ordlyden «ha» i forurensningsloven § 7 og sikker praksis. Departementet mente videre at omfanget av utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 avhenger av kompleksiteten ved et områdes forurensningshistorikk, samt hvilket tiltak som i det enkelte tilfelle blir vurdert som det mest hensiktsmessige å pålegge den eller de ansvarlige.

Det fremgikk dessuten av brevet at departementet hadde endret syn på spørsmålet om rådgighetsbegrensningen vil være bindende for eventuelle fremtidige erververe av eiendommen. Om dette het det blant annet:

«Det går ikke klart frem av forurensningsloven § 7 fjerde ledd om forurensningsmyndigheten kan pålegge fremtidige erververe av fast eiendom plikter. Det er derfor noe tvilsomt om tilleggsbyrden som er pålagt grunneier ut over de plikter som allerede følger av loven, må overholdes av senere erververe. Om det etter gjeldende rett var slik, kan enkeltvedtaksdefinisjonen og kravet om forhåndsvarsel av sakens parter trekkes frem som noe problematiske forhold. Samtidig vil det være lite vunnet ved å vedta rådgighetsbegrensningene som gjelder den enkelte eiendom i forskrifts form, for bedre å gi berørte parter anledning til å ivareta sine interesser. De vil jo neppe vite at de er aktuelle kjøpere av eiendommen - og slikt sett ikke ha noen foranledning til å uttale seg.

Departementet har kommet til at vedtaket om rådgighetsbegrensninger bør tolkes slik at også senere erververe må innrette seg etter vedtaket. Det vises i denne sammenheng til forurensningsmyndighetenes arbeid med tillatelser til virksomheter iht. forurensningsloven § 11 første ledd, der pålegg kan erstatte vilkår etter § 16. Når en forurensende virksomhet med tillatelse overdras til ny eier, må den nye virksomhetsutøveren innrette seg etter de plikter som følger av tillatelsen. Dette gjelder også eventuelle tinglyste rådgighetsbegrensninger. Etter forurensningsloven § 11 gis tillatelse til virksomhet - og pliktene som er fastsatt der gjelder for virksomheten - uavhengig av hvem som til enhver tid er virksomhetsutøver. Gode grunner taler for at tilsvarende bør gjelde ved overdragelse av fast eiendom som inneholder forurensning. På samme måte som ny virksomhetsutøver må innrette seg etter rådgighetsbegrensninger fastsatt i tillatelsen, må også ny erverver av fast eiendom innrette seg etter de rådgighetsbegrensninger som forurensningsmyndighetene har fastsatt for eiendommen.

Til støtte for dette resonnementet kan det også nevnes at faren som forurenset grunn representerer - aktiviteten - omfattes av begrepet «virksomhet» i forurensningsloven § 11 og § 86, jf. Bugge (Forurensningsansvaret side 650). Dette er også lagt til grunn i forvaltningspraksis. Med mindre tiltakshaver skal grave i forurenset grunn er det imidlertid ikke praksis for å gi utslippstillatelse til utlekking av miljøgifter fra fast eiendom; her er det forurensningsloven § 7 fjerde ledd forurensningsmyndigheten bruker for å stanse, fjerne eller begrense virkningene av den miljøfare eiendommen representerer. Om praksis hadde vært slik at forurensningsmyndigheten ga grunneier tillatelse etter § 11 til å ha forurenset grunn på eiendommen, med vilkår om rådgighetsbegrensninger, ville ny eier av eiendommen tre inn i denne tillatelsen ved ervervet, og dermed være bundet av de fastsatte vilkår. Dette trekkes også i retning av at rådgighetsbegrensningen hjemlet i § 7 fjerde ledd også får virkning for senere erververe av eiendommen.

Hovedformålet med det nærmere angitte aktivitetsforbudet (rådgighetsbegrensningen) på eiendommen er å sikre at ingen - verken grunneierne eller andre - gjennomfører aktiviteter som kan medføre fare for forurensning uten at dette på forhånd er gitt samtykke fra SFT. Pålegget er således motivert ut fra miljøsituasjonen på eiendommen og har karakter av å være en negativ plikt, og har derfor visse likhetstrekk med negative servitutter.

Det må også nevnes at selve vedtaket om rå-

dighetsbegrensning knapt kan sies å innebære noe nevneverdig nytt i forhold til de plikter som allerede ligger i forurensningsloven og forurensningsforskriften kapittel 2. Således er det ikke tale om nye byrder av nevneverdig betydning for den nye erververen. Det kan også nevnes at enhver aktsom kjøper av fast eiendom sjekker opplysningene i grunnboka før kjøpet, slik at plikten til å overholde rådighetsbegrensningene er kjent før erververen overtar eiendommen. Slik sett har anmerkningen i grunnboka en varslingsfunksjon for senere erververe, noe som gjør rådighetsbegrensningens virkning for senere erververe lite betenkelig i et rettsikkerhetsperspektiv.

Det kan også fremheves at vedtaket bør forstås slik at forurensningssituasjonen på eiendommen er lovlig for den ansvarlige (her grunneier) såfremt rådighetsbegrensningene i vedtaket overholdes. Dersom vedtaket om rådighetsbegrensninger også retter seg mot senere erververe, vil disse også kunne sies å ha en lovlig forurensningssituasjon på sin eiendom etter at overdragelse har funnet sted. I motsatt fall vil ny eier «ha» en ulovlig miljøsituasjon på sin eiendom, noe som fra forurensningsmyndighetenes side må reageres mot i form av nytt pålegg om rådighetsbegrensninger. SFT måtte da pålagt eiere varslingsplikt ved overdragelse - med påfølgende nytt vedtak om rådighetsbegrensning rettet mot ny eier - noe som etter vårt syn blir et tolkningsresultat langt fra lovens formål og dessuten en lite praktisk løsning. Omsetningshastigheten for eiendom med forurensninger i grunnen er høy, og blir trolig høyere tatt i betraktning at aksjeselskaper stadig oftere blir eiere av forurenset grunn. SFT må i så fall vurdere om tinglysing fortsatt er et egnet virkemiddel til erstatning for mer tyngende pålegg i form av fysiske opprydnings- eller sikringstiltak. En slik tolkning vil også være lite hensiktsmessig sett fra den ansvarliges perspektiv.

Departementet mener på denne bakgrunn at det er rettslig grunnlag for å hevde at det ikke bare er nåværende grunneier som må etterleve rådighetsbegrensningene, men også senere erververe av eiendommen.»

A bestred at pålegget vil være bindende for fremtidige eiere. Det ble blant annet anført at det etter forvaltningsloven ikke er anledning til å fatte et slikt enkeltvedtak mot en ubestemt fremtidig person. Det ble i denne sammenhengen anført at et påbud om tinglysing for å varsle senere eiere om at den tidligere eieren var pålagt noe som ikke er bindende for senere eiere, ikke er et egnet virkemiddel.

Departementet hadde ingen ytterligere kommentarer i saken.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Som nevnt ovenfor, må departementets vedtak i saken forstås slik at det pålegger to forskjellige plikter. For det første selve rådighetsbegrensningen - et forbud mot å sette i gang bestemte aktiviteter uten å varsle SFT og eventuelt innhente tillatelse. For det andre et påbud om å tinglyse denne rådighetsbegrensningen.

Vedtaket er fattet med hjemmel i forurensningsloven § 7 fjerde ledd, som bestemmer at «Forurensningsmyndigheten kan pålegge den ansvarlige å treffe tiltak etter annet ledd første til tredje punktum innen en nærmere angitt frist». I bestemmelsens annet ledd heter det:

«Når det er fare for forurensning i strid med loven, eller vedtak i medhold av loven skal den ansvarlige for forurensning sørge for tiltak for å hindre at den inntre. Har forurensningen inntrådt skal han sørge for tiltak for å stanse, fjerne eller begrense virkningen av den. Den ansvarlige plikter også å treffe tiltak for å avbøte skader og ulemper som følge av forurensningen eller av tiltakene for å motvirke den. Plikten etter dette ledd gjelder tiltak som står i et rimelig forhold til de skader og ulemper som skal unngås.»

Undersøkelsene herfra har i hovedsak rettet seg mot påbudet om tinglysing.

Ett av de sentrale spørsmålene i saken er om lovens § 7 fjerde ledd gir tilstrekkelig hjemmel for et slikt påbud. Det følger av bestemmelsens ordlyd at de tiltak som kan pålegges må ligge innenfor de formål som er angitt i § 7 annet ledd første til tredje punktum. Det har derfor betydning å klarlegge hvilket formål pålegget om tinglysing har, herunder de rettslige virkningene av en slik tinglysing.

De spørsmålene som ble stilt til departementet i foreleggelsen herfra, tok særlig sikte på å klarlegge i hvilken grad tinglysing medfører at rådighetsbegrensningen får noen utvidede rettslige virkninger - enten overfor grunneierne eller overfor eventuelle fremtidige erververe av eiendommen. I tillegg ble det stilt spørsmål angående vedtakets rimelighet og adgangen til tinglysing.

#### *Vedtaket rettsvirkninger for grunneierne*

Selve rådighetsbegrensningen, dvs. forbudet mot å igangsette bestemte arbeider, er bindende for grunneierne i og med vedtaket. Rettsvirkningene for grunneierne er ikke avhengig av at vedtaket tinglyses. Jeg kan heller ikke se at tinglysing i seg selv medfører noen begrensninger i grunneierens rådighet, utover det som allerede følger av selve vedtaket.

Jeg forstår det slik at denne oppfatningen deles av departementet, som i svarbrevet hit 14. desember 2005 kommenterte spørsmålet slik:

«Etter departementets vurdering er det ikke slik at selve tinglysingen medfører en ytterligere begrensning i eierens rådighet enn det som følger av rådighetsbegrensningen. Miljøverndepartementet kan heller ikke se at tinglysingen gir nye plikter for grunneier ut over det å sørge for at tinglysingsgebyret blir betalt.»

Det synes således å være enighet om at tinglysing ikke vil ha noen rettslige virkninger for grunneierens rådighet over eiendommen.

*Vedtaketets rettsvirkninger for tredjemann*

I foreleggelsen herfra ble det stilt spørsmål om departementet mente at rådighetsbegrensningen vil være bindende for eventuelle fremtidige erververe av grunn som omfattes av vedtaket. Det ble videre bedt om departementets syn på hvilken betydning tinglysning vil ha for dette spørsmålet.

I svarbrevet het det at rådighetsbegrensningen etter departementets vurdering ikke er bindende for fremtidige erververe. Departementet ga videre uttrykk for at tinglysning ikke har noen betydning for vurdering av påleggets gyldighet, men at tinglysningen har en viktig varslingsfunksjon, ved at den gjør ny erverver kjent med forurensningssituasjonen.

Av brev hit 3. august 2006 fremgikk det imidlertid at departementet hadde endret syn på spørsmålet om rådighetsbegrensningen er bindende for fremtidige erververe. I brevet het det blant annet at «Departementet mener på denne bakgrunn at det er rettslig grunnlag for å hevde at det ikke bare er nåværende grunneier som må etterleve rådighetsbegrensningene, men også senere erververe av eiendommen».

Spørsmålet om hvem som er bundet av et vedtak, løses normalt med utgangspunkt i vedtakets ordlyd. I dette tilfellet gir ikke ordlyden noe klart svar. Det fremgår tydelig at plikten til å tinglyse bare påhviler nåværende eiere. Når det gjelder rådighetsbegrensningen, er ordlyden ikke like klar.

Dette er imidlertid ikke avgjørende, ettersom vedtaket i så fall vil måtte anses som en forskrift og dermed være underlagt de saksbehandlingsregler som gjelder for forskrifter. Som Graver påpeker i Alminnelig forvaltningsrett (2. utgave 2002), side 367, er enkeltvedtak og forskrift relasjonsbegreper i den forstand at en avgjørelse kan være et enkeltvedtak i forhold til noen og en forskrift i forhold til andre.

I forhold til nåværende grunneiere, er vedtaket et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. I forhold til fremtidige erververe, vil vedtaket eventuelt være en forskrift, ettersom det i så fall forplikter et ubestemt antall og en ubestemt krets av personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. Det kan i denne forbindelse vises til en uttalelse inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1987, side 109, der et vedtak ble ansett som en forskrift, blant annet fordi det rettet seg mot fremtidige forhold. Tilsvarende synspunkt kommer til uttrykk hos Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4. utgave 2006), side 95.

Ettersom forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrifter ikke er fulgt, vil vedtaket neppe være direkte bindende for fremtidige erververe. Det vil i denne forbindelse heller ikke ha betydning om rådighetsbegrensningen tinglyses. Rådighetsbegrensningen er en plikt som påhviler nåværende grunneiere. Tinglysning vil ikke medføre at denne følger eiendommen slik som privatrettslige heftelser gjør.

På denne bakgrunn er det ikke nødvendig å ta stilling til om forurensningsloven § 7 gir tilstrekkelig hjemmel for å vedta en slik rådighetsbegrensning med virkning for fremtidige erververe. Jeg vil likevel kommentere noen av de synspunktene som kommer til uttrykk i departementets brev hit 3. august 2006.

Departementet viser til at forurensningsmyndighetene kan pålegge plikter når det gis tillatelse til forurensende virksomhet. Departementet peker på at den nye eieren må innrette seg etter disse pliktene ved en overdragelse av den forurensende virksomheten, og mener at gode grunner taler for at det samme bør gjelde for overdragelse av eiendom der det er fastsatt rådighetsbegrensninger.

Jeg er ikke enig med departementet i dette. Det følger av den alminnelige vilkårlæren at det innenfor visse rammer kan knyttes tyngende vilkår til et begunstigende vedtak, slik som en tillatelse. I forurensningsloven er myndighetenes adgang til å knytte plikter til en tillatelse nærmere regulert i §§ 11 og 16. Det som skiller en slik situasjon fra foreliggende sak, er imidlertid at den forurensende virksomheten vil være ulovlig dersom nødvendig tillatelse mangler. Når det gis en tillatelse med tilhørende vilkår/pålegg, innebærer dette at virksomhetsutøveren gis en rett på betingelse av at han overholder visse plikter. Dersom han vil ha retten, må han også finne seg i pliktene.

I den foreliggende saken er det imidlertid ikke snakk om å tildele noen rett, men ensidig å pålegge de private parter en plikt. Situasjonen skiller seg derfor såpass fra tilfeller der det gis en tillatelse, at jeg har vanskelig for å se at forurensningsloven §§ 11 og 16 eller den alminnelige vilkårlære kan være et argument for at rådighetsbegrensningen skal følge eiendommen.

Til støtte for sitt syn anfører departementet videre at dersom praksis hadde vært slik at forurensningsmyndighetene ga grunneier tillatelse etter § 11 til å ha forurenset grunn på eiendommen, med vilkår om rådighetsbegrensninger, ville ny eier av eiendommen tre inn i denne tillatelsen ved ervervet, og dermed være bundet av de fastsatte vilkår.

Dette resonnementet forutsetter imidlertid at dagens bruk er ulovlig uten tillatelse. I denne saken synes forurensningsmyndighetene å ha lagt til grunn at dagens bruk ikke er i strid med loven. I SFTs vedtak heter det blant annet at Statsbyggs rapport konkluderte med «at det ikke foreligger forurensningsfare eller helsefare for folk som ferdes i området» og videre at «SFT vurderer at det er liten risiko for at det oppstår negative helse- og miljøvirkninger med utgangspunkt i dagens arealbruk». I tilfeller der bruken er lovlig, og tillatelse således ikke nødvendig, vil det ikke være grunnlag for en slik praksis som departementet antyder. Forurensningsloven §§ 11 og 16 kan ikke forstås slik at bestemmelsene gir hjemmel for å pålegge plikter i form av vilkår i en «tillatelse» til en lovlig bruk.



Departementet anfører videre at «vedtaket bør forstås slik at forurensningssituasjonen på eiendommen er lovlig for den ansvarlige (her grunneier) såfremt rådighetsbegrensningene i vedtaket overholdes. Dersom vedtaket om rådighetsbegrensninger også retter seg mot senere erververe, vil disse også kunne sies å ha en lovlig forurensningssituasjon på sin eiendom etter at overdragelse har funnet sted. I motsatt fall vil ny eier «ha» en ulovlig miljøsituasjon på sin eiendom, noe som fra forurensningsmyndighetenes side må reageres mot i form av nytt pålegg om rådighetsbegrensninger.»

Jeg har vanskelig for å følge departementets resonnement på dette punktet. Dersom forurensningsmyndighetene mener at det foreligger en ulovlig forurensningssituasjon, må det gis en tillatelse dersom situasjonen skal bringes over i lovlige former. Jeg kan ikke se at en forurensningssituasjon som i utgangspunktet er ulovlig blir lovlig ved at det gis et pålegg om rådighetsbegrensninger. Rettsvirkningene av et slikt pålegg er at det vil være ulovlig for grunneierne å foreta bestemte handlinger uten å varsle og eventuelt innhente samtykke fra SFT. Virkningen av pålegget er altså at det som ellers ville vært lovlig gjøres ulovlig, ikke at det ulovlige gjøres lovlig (slik en tillatelse gjør). Under enhver omstendighet forutsetter departementets resonnement at nåværende bruk er ulovlig, hvilket den på grunnlag av saksdokumentene ikke synes å være.

#### *Vedtaket faktiske virkninger*

Som det er redegjort for ovenfor, er vedtaket bare bindende for nåværende grunneiere. En tinglysning av rådighetsbegrensningen vil ikke ha noen betydning for dette spørsmålet. Tinglysning har heller ikke noen andre direkte rettslige virkninger, verken for nåværende eller fremtidige eiere av eiendommen. Virkningene av tinglysning vil derfor i all hovedsak være av faktisk art, ikke av rettslig.

I departementets svarbrev hit 14. desember 2005 het det blant annet at «Hovedhensikten med tinglysning er å sikre publisitet og notoritet omkring forurensningssituasjonen på eiendommen og de rådighetsbegrensninger som følger av loven selv og det aktuelle vedtaket».

Når det gjelder rådighetsbegrensningen som følger av vedtaket, kan jeg ikke se at det er noe behov for publisitet, ettersom dette kun er bindende for nåværende grunneiere. Vedtakets notoritet antar jeg at er tilstrekkelig sikret i forurensningsmyndighetenes arkiver, slik at heller ikke dette hensynet tilsier noe behov for tinglysning.

Hensynet til publisitet og notoritet omkring de begrensninger som følger av loven selv, er ivaretatt på annen måte, blant annet ved kunngjøring i Norsk Lovtidend. Selv om forurensningsmyndighetene skulle mene at det er ønskelig å spre kunnskap om lovverket på dette området, er det ikke naturlig at

dette skjer i form av pålegg til private parter om å tinglyse opplysninger i grunnboken. Et slikt hensyn må antas å ligge utenfor de formålene som er angitt i forurensningsloven § 7, og vil dessuten ikke være forenlig med kravet i tinglysningsloven § 12 om at tinglysningen må gjelde en rettighet i en fast eiendom. Det kan i denne sammenhengen vises til Austenå/Harbak/Solem, Tinglysningsloven med kommentarer (9. utgave 1990), side 102, der det fremheves at det ikke er adgang til å tinglyse generelle rådighetsbegrensninger som følger av lovgivningen.

Departementet har pekt på risikoen for at kunnskap om forurensningssituasjonen på eiendommen går tapt. Jeg oppfatter dette slik at departementet mener at tinglysning i grunnboken er en egnet måte å sikre slike opplysninger på. Også hensynet til sikring av opplysningene antar jeg at er tilstrekkelig ivaretatt gjennom forurensningsmyndighetenes egne registreringer, slik at heller ikke dette hensynet nødvendigvis gjør tinglysning.

Tinglysning av rådighetsbegrensningen synes dermed først og fremst å ivareta hensynet til publisitet vedrørende forurensningssituasjonen på eiendommen - i første rekke ved at dette vil ha en varslingsfunksjon overfor eventuelle fremtidige erververe av eiendommen. En slik varsling kan tenkes å ha indirekte rettslige konsekvenser ved at den kan frata erververen god tro og dermed få betydning for et mulig straffeansvar.

Dersom eventuelle fremtidige erververe på denne måten blir gjort kjent med forurensningssituasjonen, vil tinglysningen sannsynligvis bidra til å redusere risikoen for at arealbruken endres slik at forurensningen fører til skade på helse og miljø. Tinglysning er således et tiltak som etter sin funksjon ligger innenfor de formålene som er angitt i forurensningsloven § 7 annet ledd første til tredje punktum.

Jeg er imidlertid i tvil om både rimeligheten og hensiktsmessigheten av et pålegg om tinglysning.

Når det gjelder påleggets hensiktsmessighet, har tvilen sammenheng med betraktningene ovenfor om rettsvirkningene av så vel rådighetsbegrensningen som tinglysningen. Ettersom formålet er å forhindre en uheldig endring av arealbruken, fremstår en planendring som et mer hensiktsmessig og effektivt virkemiddel. Begrensningene i arealbruken vil da være bindende for alle - også fremtidige erververe av eiendommen. I forbindelse med eventuelle søknadspålytende tiltak på eiendommen, vil plan- og bygningsmyndighetene bli informert og ha plikt til å samordne søknadsbehandlingen med forurensningsmyndighetene, jf. plan- og bygningsloven § 95.

Selv om forvaltningspraksis og juridisk teori har lagt til grunn at nåværende grunneier kan regnes som ansvarlig etter forurensningsloven § 7 også i tilfeller der han selv ikke har forårsaket forurensningsfaren, vil rimelighets- og forholdsmessighetsbetraktninger sette grenser for adgangen til å gi pålegg i en slik situasjon. Det kan i denne forbindelse vises til Bugge, Forurensningsansvaret (1999), side 540-541

og Hambro, Praktisk miljørett (2006), side 35 som begge påpeker at det må foretas en konkret vurdering av ansvarets omfang i slike tilfeller. Som Hambro påpeker, vil grunneiers tilknytning til forurensningssituasjonen kunne variere sterkt fra sak til sak. Bugge er av den oppfatning at det generelt skal mye til for at grunneier går fri, men påpeker samtidig at «omfanget av tiltaksplikten under enhver omstendighet er begrenset av rimelighetskriteriene som gjelder eksplisitt etter § 7 annet ledd og implisitt etter § 7 fjerde ledd». Det alminnelige miljørettslige prinsippet om at forurenseren skal betale, tilsier også en viss tilbakeholdenhet med å pålegge «uskyldige» grunneiere ansvar. Ifølge Bugge (note 1635 på side 539) har dette prinsippet i dansk rett medført et hovedsynspunkt om at bare den «egentlige» forurenser kan være ansvarlig. Selv om det må regnes som sikkert at den «ansvarlige» i forurensningsloven § 7 ikke er begrenset til bare å omfatte den «egentlige» forurenser, vil prinsippet om at forurenseren skal betale være et relevant moment ved fastleggelsen av bestemmelsens rekkevidde.

I denne saken er forurensningssituasjonen et resultat av krigshandlinger under den annen verdenskrig. Grunneierne har altså ikke forårsaket den foreliggende forurensningssituasjonen. I tillegg har forurensningsmyndighetene vurdert situasjonen slik at det er liten risiko for negative helse- og miljøvirkninger med utgangspunkt i grunneiernes nåværende bruk av eiendommen. Det fremgår av departementets vedtak at det er endring av arealbruken som eventuelt kan utgjøre en forurensningsfare. Dagens grunneiere er bundet av rådighetsbegrensningene i vedtaket, og vil derfor ikke kunne endre bruken uten samtykke fra forurensningsmyndighetene. Tinglysning av rådighetsbegrensningene er ikke nødvendig for å hindre en slik endring. Pålegget om tinglysning har således bare betydning for en eventuell endring av bruken som foretas av utenforstående, for eksempel fremtidige erververe.

Etter mitt syn kan gode grunner tale for at det i tilfeller som dette bør være en offentlig oppgave å sørge for publisitet rundt forurensningssituasjonen. Særlig ettersom grunneiers bruk av eiendommen ikke innebærer noen miljørisiko og det aktuelle tiltaket således kun har som funksjon å sikre den offentlige interesse i å opplyse utenforstående om forurensningssituasjonen.

Til tross for at pålegget om tinglysning må regnes som relativt lite tyngende, er jeg på bakgrunn av ovenstående i tvil om påleggets formål i det foreliggende tilfellet ligger innenfor rammene av forurensningsloven § 7.

Som det fremgår av drøftelsene nedenfor, er jeg dessuten i tvil om det foreligger tilstrekkelig rettslig grunnlag for å kreve tinglysningen gjennomført.

#### *Adgangen til å tinglyse rådighetsbegrensningen*

I klagen hit er det stilt spørsmål om det er adgang til å tinglyse en slik rådighetsbegrensning i grunnboken.

Dersom et dokument skal kunne tinglyses, kreves det for det første at dokumentet etter sitt innhold lar seg tinglyse (jf. tinglysningsloven § 12) og for det andre at det foreligger kompetanse til å få dokumentet tinglyst (jf. tinglysningsloven § 13).

#### *Dokumentets innhold*

Ifølge tinglysningsloven § 12, «kan et dokument bare anmerkes i grunnboken når det går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom», såfremt annet ikke er bestemt ved lov. I en avgjørelse inntatt i Tinglysningsavgjørelser (1955), side 61 (avgjørelse nr. 1) ble det lagt til grunn at tinglysningsmyndighetene ikke har anledning til å tillate tinglysning i andre tilfeller enn der det kan kreves etter loven. Det ble uttalt at verken tinglysningsdommeren eller departementet kan bestemme at et dokument kan antas til tinglysning utenom i de lovbestemte tilfellene.

På denne bakgrunn har jeg vanskelig for å se at det er rettslig adgang til å tinglyse Miljøverndepartementets vedtak i denne saken. Jeg tar til etterretning departementets opplysning om at slike rådighetsbegrensninger i praksis blir anmerket i grunnboken, men finner grunn til å påpeke at det fremstår som tvilsomt om det foreligger hjemmel for å kreve dokumenter med et slikt innhold tinglyst.

Tinglysning av de aktuelle rådighetsbegrensningene synes ikke å være forenlig med ordlyden i tinglysningsloven § 12 og grunnbokens funksjon som rettighetsregister. Ettersom rådighetsbegrensningene kun er bindende for de nåværende grunneierne, synes anmerkningen å gjelde faktiske opplysninger, og ikke «en rett som har til gjenstand en fast eiendom». Tilsvarende problemstilling for pålegg om å rette forhold som er ulovlige etter plan- og bygningslovgivningen, er kommentert av Pedersen m. fl., Plan- og bygningsrett (2000), side 664. Her inntas det standpunktet at ettersom pålegget er en personlig forpliktelse for eieren, kan det etter tinglysningsloven § 12 ikke tinglyses. Jeg har vanskelig for å se at noe annet kan gjelde for pålegget i foreliggende sak.

Det fremgår av tinglysningsloven § 12 at andre dokumenter kan tinglyses dersom dette er bestemt ved lov. Det finnes flere lovbestemmelser som gir slik hjemmel for å tinglyse vedtak om begrensninger i eierrådigheten, for eksempel naturvernloven § 19. Andre eksempler finnes i notene til tinglysningsloven § 12 i lovsamlingen. Forurensningsloven innholder imidlertid ingen slik bestemmelse som gjør unntak fra hovedregelen i tinglysningsloven § 12.

### *Kompetanse til å kreve tinglysning*

I tinglysningsloven § 13 er det gitt regler om kompetansen til å få et dokument tinglyst.

Av bestemmelsens første ledd fremgår det at en rettshandel bare kan anmerkes i grunnboken dersom hjemmelshaveren har utstedt dokumentet eller gir sitt samtykke til anmerkningen. Slik tinglysning må altså bygge enten på samtykke eller på en frivillig disposisjon fra hjemmelshaveren, og kan således betraktes som et utslag av den private autonomi. Den som har grunnbokshjemmel har den formelle kompetanse til å råde over eiendommen og til å få tinglyst rettsstiftelser på den, jf. Austenå/Harbek/Solem, *Tinglysningsloven med kommentarer* (9. utgave 1990), side 94. Den som ønsker noe tinglyst uten at det foreligger samtykke eller en frivillig disposisjon fra hjemmelshaveren, må ha annet grunnlag for tinglysningen.

Bestemmelsen i tinglysningsloven § 13 fjerde ledd forutsetter at en dom som er bindende for hjemmelshaveren kan anmerkes i grunnboken. Noen tilsvarende bestemmelse for forvaltningsvedtak finnes ikke. Det finnes imidlertid en rekke bestemmelser i lovverket forøvrig som gir offentlige myndigheter kompetanse til å kreve sine vedtak tinglyst, uten frivillig medvirkning fra hjemmelshaverens side, for eksempel delingsloven § 4-2. Noen slik bestemmelse finnes ikke i forurensningsloven.

Den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlære kan nok i en viss utstrekning gi grunnlag for krav om tinglysning. I Pedersen m.fl., *Plan- og bygningsrett* (2000), side 664 heter det: «Bygningsmyndighetene kan imidlertid ikke ensidig gjøre sine pålegg til heftelser. Men det er ikke uvanlig at det som vilkår for dispensasjon, stilles vilkår om heftelse på eiendommen». Jeg antar at det til en viss grad er adgang til å knytte tilsvarende vilkår til en tillatelse etter forurensningsloven. I slike tilfeller gis den private part et rettsgode gjennom et begunstigende vedtak, mot at han forplikter seg til å benytte sin kompetanse som hjemmelshaver på en bestemt måte. Departementets vedtak i denne saken er, som redegjort for ovenfor, et ensidig pålegg. Det medfører kun plikter for den private part. Vilkårslæren gir derfor ikke grunnlag for å kreve tinglysning i denne saken.

I departementets vedtak heter det at «Klager skal innen 3 måneder fra dette brevets dato sørge for tinglysning av følgende rådighetsbegrensning på sin eiendom ...». Ettersom grunneiernes adgang til å få tinglyst et dokument er regulert i tinglysningsloven § 13 første ledd, oppfatter jeg vedtaket slik at det innebærer en plikt for grunneierne til å foreta en «frivillig» tinglysning med hjemmel i denne bestemmelsen. Som nevnt ovenfor, kan bestemmelsen anses som et utslag av den private autonomi, ettersom den krever at hjemmelshaveren enten samtykker eller selv har utstedt det aktuelle dokumentet.

Et vedtak som på denne måten pålegger grunneieren å benytte sin kompetanse som hjemmelshaver

på en bestemt måte, er lite forenlig med legalitetsprinsippet og grunneiers rådighet over heftelser på eiendommen.

Et slikt pålegg vil langt på vei innebære en omgåelse av legalitetsprinsippet, i og med at myndighetene her forsøker å utnytte den kompetansen som følger av den private parts grunnbokshjemmel, til erstatning for hjemmel i lov. Dersom offentlige myndigheter mangler kompetanse til å få et dokument tinglyst, kan ikke dette avhjelpest ved at den private part pålegges å benytte sin kompetanse på en bestemt måte.

Slik jeg oppfatter vedtaket, pålegger det i realiteten grunneierne frivillig å samtykke til tinglysningen. Sitt frivillige samtykke er åpenbart noe den private part har eksklusiv rådighet over, og som ikke kan gjøres til gjenstand for pålegg.

Dermed kan jeg heller ikke se at vilkårene for tinglysning etter tinglysningsloven § 13 første ledd er oppfylt. Grunneierne har ikke utstedt det aktuelle dokumentet og de har heller ikke gitt sitt samtykke til tinglysningen.

På bakgrunn av de konkrete omstendighetene i denne saken, er det tvilsomt om tinglysningspåleggets formål ligger innenfor rammene av forurensningsloven § 7. Videre er det tvilsomt om det er adgang til å kreve pålegget tinglyst. Det knytter seg i denne forbindelse særlige betenkeligheter til at grunneierne pålegges selv å sørge for tinglysning.

Departementet bes om å vurdere sitt vedtak på ny.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av departementets fornyede vurdering.

Departementet bes også opplyse hvilke konsekvenser matrikkellovens ikrafttredelse antas å få for praksisen med pålegg om tinglysning.»

### 103.

#### **Vedtak om tvangsmulkt etter forurensningsloven**

(Sak 2006/1968)

*En kommune påla i medhold av forurensningsloven §§ 28 og 37 en grunneier som selv ikke bebodde eiendommen opprydding og senere tvangsmulkt for sønnens forsøpling.*

*Sakens hovedspørsmål var om grunneieren kunne sies å ha stilt eiendommen til disposisjon for forsøpling, eventuelt gjort for lite for å hindre sønnens forurensning, og derigjennom selv hadde overtrådt forsøplingsforbudet i forurensningsloven § 28. Videre ble det vurdert om grunneieren, uavhengig av eventuell egen overtredelse av forurensningsloven, hadde en subsidiær opprydningsplikt når det viste seg umulig å tvangsgjennomføre pålegg om opprydding mot forsøpleren.*

*Ombudsmannen kom til at kommunen ikke hadde tilstrekkelig hjemmel i forurensningsloven for å pålegge den aktuelle grunneieren å rydde eller ilegge*

*henne tvangsmulkt, og ba om at saken ble vurdert på nytt. Kommunen opphevet senere vedtaket om tvangsmulkt.*

A eier eiendommen X. Eiendommen disponeres av hennes sønn B. På eiendommen er det oppbevart/lagret bilvrak, betongelementer, containerbygg, en buss og diverse utrangerte maskiner.

Kommune påla i desember 2001 A og B å fjerne avfall og rydde eiendommen. Hjemmelen for vedtakene var forurensningsloven (forurl.) § 37, jf. § 28. B påklaget pålegget, som imidlertid ble stadfestet av Fylkesmannen i Vestfold. A påklaget ikke vedtaket. Kommunen forsøkte å gjennomføre pålegget mot B med tvangsmulkt, men utleggsforretningen skal ha konkludert med at det var «intet til utlegg». Kommunen varslet derfor A om at den vurderte å iverksette pålegget 19. desember 2001 mot henne i egenskap av eier av eiendommen. I senere brev opplyste kommunen at den hadde vært på ny befarings og at den ikke kunne se at fjerning/rydding var utført. Kommunen satte ny oppfylingsfrist, og opplyste at dersom eiendommen ikke var tilfredsstillende ryddet innen fristen, ville hun bli ilagt en tvangsmulkt på kr 1 000 per dag så lenge det ulovlige forholdet varte. Vedtaket ble påklaget av advokat på vegne av A. Kommunens formannskap behandlet klagen i møte 10. oktober 2006. Klagen førte ikke frem.

Advokaten klaget, på vegne av A, til ombudsmannen. Det ble anført at kommunes vedtak berodde på uriktig rettsanvendelse. Advokaten viste til at det er B som eier gjenstandene og som har plassert dem på eiendommen og at A aldri har gitt samtykke til at sønnen kan oppbevare gjenstander på eiendommen i strid med forurensningslovens regler. Advokaten gjorde videre gjeldende at hans klient tvert imot «gjennom alle årene saken har versert, stadig og innstendig [har] anmodet sin sønn om å sørge for en opprydning som er tilfredsstillende for forurensningsmyndighetene». Det ble vist til at A er 89 år gammel, at hun har svak helse og at hun derfor ikke selv kan sørge for opprydning. Hun har heller ikke en slik innflytelse på sin sønn at hun kan overtale ham til å etterkomme pålegget. Videre ble det opplyst at hun gjennom 52 år hadde hatt eneansvaret for en psykisk utviklingshemmet sønn og derfor nå kun hadde minstepensjon å leve av. Advokaten fremholdt at hun på denne bakgrunn heller ikke hadde økonomi til å finansiere en opprydning, og at en inn-driving av denne i praksis ville medføre at hennes eiendom ville bli solgt på tvangsauksjon.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere. I brev herfra til kommunen ble det vist til forurl. § 37 om at kommunen kan gi pålegg om at den som har etterlatt, tømt eller oppbevart avfall i strid med forsøplingsforbudet i § 28, skal fjerne dette og/eller rydde opp innen en bestemt frist. Det ble også vist til at hjemmelen for tvangsmulkt i tilfelle unnlatt oppfyllelse av pålegget er forurl. § 73.

Sakens problemstilling ble deretter presisert til,

for det første, å være *hvem* som kan pålegges plikter og ilegges tvangsmulkt i forbindelse med ulovlig forsøpling. Det ble vist til Øystein Wang, «Forurensningsloven med kommentarer» (2005), side 85, der det legges til grunn at pålegg ikke kan gis til en ufor-skyldt grunneier, men derimot til en grunneier som med viten og vilje har stilt sin eiendom til disposisjon for forsøpling. Kommunen ble bedt om å kommentere sitatet fra Wang på bakgrunn av anførselen om at A hadde forsøkt å få sønnen til å rydde opp i/ fjerne avfallet. Kommunen ble spurt om den var enig med Wang i at det gjelder et slags forsettskrav og om A etter kommunens syn i så fall «med viten og vilje» hadde stilt eiendommen til disposisjon for forsøpling.

Videre ble det vist til - og bedt om kommunens kommentarer til - advokatens innvendinger mot relevansen av en dom av 3. april 1991 fra Eidsivating lagmannsrett som kommunen hadde vist til i vedtaket om tvangsmulkt.

Det miljørettslige prinsippet om at kostnadene ved miljøforringelse skal bæres av tiltakshaveren eller at forurenseren skal betale, som også er lovfestet i forurl. § 2 nr. 5, ble referert. Kommunen ble bedt om å redegjøre for sitt syn på i hvilken grad prinsippet kunne få betydning for vurderingen av hvem som er ansvarlig for forsøpling når det, som her, ikke var grunneieren selv som hadde overtrådt forsøplingsforbudet.

Til slutt ble det vist til at det fremgår av forurl. § 73 første ledd at forurensningsmyndigheten, for å sikre at vedtak i medhold av loven blir gjennomført, «kan» fatte vedtak om tvangsmulkt, og at det således, selv om vilkårene for pålegg er oppfylt, er opp til kommunens (frie) skjønn om tvangsmulkt skal ilegges. Fra foreleggelsesbrevet ble det sitert:

«Kommunen har vurdert rimeligheten av vedtaket. Den har tatt utgangspunkt i at «saken må vurderes opp mot et forholdsmessighetsprinsipp, der man må vurdere sakens samfunnsmessige viktighet opp imot de byrder man påfører en enkeltperson». Under tvil konkluderte kommunen med at vedtaket ikke var sterkt urimelig og derfor ikke ugyldig etter de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk. Slik vedtaket forstås herfra, var det avgjørende for kommunen at den mener at A vil kunne løse saken ved å kreve at sønnen rydder eiendommen. Advokat --- har opplyst at hans klient har forsøkt å få sønnen til å etterleve forurensningsloven, men at hun ikke har noen innflytelse på ham. Sønnen mener at lagringen ikke representerer forsøpling. Er det mot denne bakgrunn noen rimelig grunn til å tro at A vil kunne påvirke sønnen?»

Kommunen ble deretter bedt om å redegjøre noe nærmere for hvorfor den mente at forsøplingen var så alvorlig at det var nødvendig å iverksette tiltak som mest sannsynlig ville føre til tvangssalg av eiendommen. Det ble spurt om kommunen mente at dette var forholdsmessig vurdert opp mot As (manglende) skyld i den oppståtte situasjonen.

Når det gjaldt spørsmålet om hvem som kan pålegges tvangsmulkt, svarte kommunen:

«Som det fremgår av saken, har kommunen lagt til grunn at både eier og forurenser, i dette tilfellet, kan pålegges å fjerne avfallet, herunder ilegges tvangsmulkt når dette ikke gjøres. Dette ble gjort alt i 2001 da både A og B fikk pålegg om rydding. Kommunen forsøkte da forgjeves først å tvangsgjennomføre vedtaket i forhold til B og ønsker nå å gjennomføre det i forhold til grunneier.

I denne vurderingen har kommunen lagt til grunn det Ø. Wang skriver i «Forurensningsloven med kommentarer» om at en grunneier som med viten og vilje har stilt sin eiendom til disposisjon for forsøpling, vil kunne pådra seg ansvar. En viser her til at denne forurensningen ikke oppsto over «natten», slik at det kunne være problematisk for A å reagere, men denne forurensningen har pågått over mange år og er tatt opp av kommunen flere ganger. A har derfor hatt god tid og mange muligheter til å hindre denne forurensningen. Hun må derfor sies med viten og vilje å ha stilt sin eiendom til disposisjon. Kommunen er ikke kjent med noe forsøk fra A's side på å hindre forurensningen. Tvert i mot har hun passivt sett på at det stadig har kommet mer og mer forurensning inn på eiendommen.

Den aktuelle dommen er selvfølgelig ikke helt identisk med situasjonen i denne saken. I saken fra Eidsivating lagmannsrett var det et firma som var gått konkurs som var den ansvarlige for forurensningen, og som således ikke lenger kunne kreves for utgiftene til oppryddingen foretatt av SFT. Situasjonen er således prinsipielt den samme som i denne saken der den ansvarlige ikke kan tvinges til å rydde opp via tvangsbøte fordi det ikke er noe å hente hos vedkommende. I henhold til både det som fremkommer i dommen og Ot.prp. nr. 11 (1979-80) s. 97 kan man da gå på eieren av grunnen.

Vi viser også til uttalelsene i dommen om effektiv håndhevelse av lovens formål, jfr. § 1.

Prinsippet om at forurenseren skal betale i § 2 nr. 5 er et utgangspunkt, men der forurensningen vil fortsette dersom man bare skal gå på forurenseren, må det være slik at formålsbestemmelsen i § 1 trer inn. Etter kommunens oppfatning må de forskjellige retningslinjene i § 2 bare være retningsgivende så lenge de ikke er i strid med den overordnede formålsbestemmelsen. I et tilfelle som dette kan ikke § 2 nr. 5 tolkes slik at der forurenseren ikke kan betale, der skal heller ingen andre betale, med det resultat at forurensningen bare fortsetter.»

I forhold til spørsmålet herfra om vedtakets rimelighet, forholdsmessighetsprinsippet, svarte kommunen:

«Dette spørsmålet er grundig redegjort for i den klagesaken som var til behandling i kommunens klageutvalg. Klageutvalget vedtok der enstemmig ikke å ta klagen til følge. Det ble i debatten kommentert at man synes det var ufint å bruke A's alder som grunnlag for ikke å etterkomme kommunens pålegg. Det at vedtaket er enstemmig sier også noe om den lokalpolitiske viktigheten av saken, jfr. prinsippet i fvl. § 34.

Bakgrunnen for at klageutvalget mente at A kunne ha innflytelse på sønnen i forhold til å ryd-

de etter vedtaket om tvangsmulkt rettet imot henne, var at han er eneste arving og odelsberettiget til gården og derfor vil være svært interessert i at denne ikke ender på tvangsauksjon. Han bor også selv på gården og vil være interessert i at denne bevares som bolig for ham.

Forsøplingen er i dette tilfellet svært alvorlig og har foregått over så lang tid at dersom ikke forurensningsmyndigheten nå griper effektivt inn, vil tilliten til at det kan ryddes opp i slike forhold bli sterkt svekket. Naboene har i mange år påpekt forholdene og måttet leve med et kulturlandskap som ser svært stygt ut, i tillegg til den usikkerheten som forurensningen kan medføre. Eiendommen har også avrenning til en bekk som renner ut i ---, et vann med stor rekreasjonsverdi.

Kommunen har i denne saken vist stor tålmodighet og forsøkt med det gode i mange år. Det vil sende ut et negativt signal dersom man ved å obstruere alle vedtak fra forurensningsmyndigheten skal kunne fortsette å forurense i det uendelige bare fordi forurensningen etter hvert blir så omfattende at det vil medføre store kostnader å fjerne denne, så store at man kan påberope seg forholdsmessighetsprinsippet.»

Kommunens svar gikk i kopi til klagerens advokat, som i brev hit opplyste at han ikke kunne se at det i svaret fremkom noe som rokket ved hans syn på fortolkningen av forurl. §§ 28 og 37.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Innledning

Saken reiser spørsmål om *hvem* som kan pålegges plikter og ilegges tvangsmulkt i forbindelse med ulovlig forsøpling.

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurl.) § 28 første ledd første punktum lyder:

«Ingen må tømme, etterlate, oppbevare eller transportere avfall slik at det kan virke skjemmende eller være til skade eller ulempe for miljøet.»

Bestemmelsens tredje ledd fastslår at den som har overtrådt forbudet i første ledd skal sørge for nødvendig opprydding.

Kommunen har lagt til grunn at det på den aktuelle eiendommen er oppbevart og lagret bilvrak, betongelementer, containerbygg, en buss samt diverse utrangerte maskiner, og at oppbevaringen/lagringen representerer et brudd på forsøplingsforbudet i forurl. § 28. Advokaten har ikke bestridt at forsøplingsforbudet er overtrådt, og jeg legger derfor i det videre til grunn at slik overtredelse har funnet sted. B mener at det ikke er tale om ulovlig forsøpling. Det er imidlertid vanskelig å se at dette får noen betydning for de spørsmålene saken her gjelder, ettersom fylkesmannens vedtak i klagesaken retter seg mot B og ikke er gjenstand for vurdering herfra. B er heller ikke part i saken her.

Det følger av forurl. § 37 første ledd første punktum at:

«Kommunen kan gi pålegg om at den som har etterlatt, tømt eller oppbevart avfall i strid med § 28, skal fjerne det, rydde opp innen en viss frist, eller at han skal dekke rimelige utgifter som noen har hatt til fjerning eller opprydding.»

Kommunen påla, med hjemmel i forurl. § 37, jf. § 28, i desember 2001 både A og sønnen B å rydde eiendommen. Da opprydding ikke ble utført innen fristen, forsøkte kommunen å gjennomføre pålegget mot B med tvangsmulkt. Utleggsforretningen mot ham resulterte i at det var «intet til utlegg», og kommunen ila derfor i stedet A tvangsmulkt. Spørsmålet som har vært undersøkt herfra, er om A kunne pålegges å rydde eiendommen samt ilegges tvangsmulkt som følge av at pålegget ikke ble etterlevd. Kommunen mener at pålegget kan rettes mot A siden hun har stilt sin eiendom «til disposisjon» for oppbevaringen og kunne ha hindret forsøpling, mens advokaten gjør gjeldende at dette standpunktet beror på en uriktig rettsanvendelse.

Etter det opplyste bor verken A eller sønnen på eiendommen. Begge bor imidlertid i nærheten av gården og i samme vei. Gården eies av A, mens hennes sønn disponerer den til daglig. Det synes videre ikke å være tvil om at det er B som eier gjenstandene og at det er han som har plassert dem på eiendommen.

## 2. Spørsmålet om klageren gjennom sin atferd har overtrådt forsøplingsforbudet i forurensningsloven. § 28

Utgangspunktet må tas i bestemmelsenes ordlyd. A har klart nok verken «tømt» eller «etterlatt» avfall på eiendommen. Det kan heller ikke legges til grunn at hun har «oppbevart» avfallet når hun verken har bodd der, er eier av det eller hatt noe med gjenstandene å gjøre. Hun har heller ikke «transportert» avfall til eiendommen. Det er ikke grunnlag for å forstå bestemmelsen slik at også den som har latt noe forbli oppbevart, skal rammes av bestemmelsen. Det ville være å gi bestemmelsen betydelig større rekkevidde enn en naturlig forståelse av ordlyden tilsier. Jeg kan derfor vanskelig se at hun har handlet i strid med forsøplingsforbudets ordlyd, jf. forurl. § 28.

Det følger av inngrepshjemmelen i forurl. § 37 at «den» som har etterlatt, tømt eller oppbevart avfall i strid med § 28, kan pålegges å rydde opp. Også inngrepshjemmelens ordlyd taler for at det kun er B som kan pålegges å rydde opp, ettersom det er han («den») som har disponert eiendommen og plassert og oppbevart gjenstandene der.

Problemstillingen er nevnt i juridisk teori, jf. Øystein Wang, «Forurensningsloven med kommentarer» (2005). Wang skriver, på side 85, følgende under kommentaren til forurl. § 37:

«Hvem som er ansvarlig i det enkelte tilfellet reiser mange av de samme spørsmål som er tatt opp under § 7. Ofte vil det være den som eier, eller som er i besittelse av avfallet som også er ansvarlig for forsøplingen. Situasjonen kan også være slik at kravet kan rettes mot den som er eier av eller som disponerer avfallet selv om det ikke er vedkommende som er skyld i forsøplingen. *Et pålegg kan derimot ikke gis til en uforskyldt grunneier, noe som fremgår av lovmotivene. En grunneier som med viten og vilje har stilt sin eiendom til disposisjon for forsøpling, vil imidlertid kunne pådra seg ansvar.*»(min kursivering).

Den grunneieren som «med viten og vilje» har stilt sin eiendom til disposisjon for forsøpling, må selv sies å ha deltatt i og er medansvarlig for forsøplingen. Det vil i tilfelle være tale om flere forsøplere med selvstendig og individuelt ansvar. Det er ikke holdepunkter for å si at A med viten og vilje har stilt eiendommen til disposisjon for at sønnen skulle oppbevare gjenstander der i strid med forurl. § 28, jf. drøftelsen ovenfor. Jeg forstår imidlertid kommunen slik at den mener at A også har overtrådt § 28 ved ikke å ha hindret/gjort mer for å få sønnen til å rydde opp. Ifølge advokaten har hun imidlertid gjentatte ganger forsøkt å påvirke sønnen. Slik saken er opplyst har jeg ikke grunnlag for å trekke dette i tvil. Det fremkommer heller ikke på hvilken måte kommunen mener hun burde ha «reagert», jf. brev hit 12. desember 2006.

Statens forurensingstilsyn (SFT) har utarbeidet en veileder til kommunene om «Forsøpling og avfallsopprydding» (SFT-rapport 1713/2000). SFT skriver i kommentaren til forurl. § 37 første ledd (på side 9) at bestemmelsen gir valgmulighet når det gjelder «hvem av flere personer eller foretak pålegg skal rettes mot». Videre fremholder SFT at «en rettesnor er at pålegget i første omgang rettes mot den som i det konkrete tilfelle er mest å klandre, enten dette er grunneier, den som eide avfallet eller den som oppbevarer det».

SFT legger her til grunn at også grunneier kan pålegges ansvar, dersom vedkommende med viten og vilje har stilt eiendommen til disposisjon for forsøpling. Grunneieren vil i slike tilfeller også måtte sies å være ansvarlig. SFT skriver i det påfølgende avsnittet at dersom en grunneier har fått avfall på sin eiendom som han ikke kan være ansvarlig for, så kan han ikke pålegges å rydde opp i dette med hjemmel i forurl. § 37.

Klageren kan etter dette vanskelig sies å ha stilt sin eiendom til disposisjon for forsøpling eller på annen måte ha hindret forsøplingen.

## 3. Er klageren ansvarlig for overtredelsen i kraft av å være eier av den grunn hvor avfallet oppbevares - spørsmålet om «subsidiær oppryddingsplikt for eier».

Det er noe uklart om kommunen på subsidiært grunnlag mener at A i egenskap av eier av den for-

søplende eiendommen kan pålegges opprydningsplikt/tvangsmulkt. Kommunens henvisning til en dom fra Eidsivating lagmannsrett, som jeg kommer tilbake til nedenfor, kan tyde på dette.

Det er vanskelig å si at en slik plikt følger av forøplingsforbudets ordlyd, jf. forurl. § 28.

Spørsmålet om hvem som kan pålegges plikter etter forurensningsloven er omtalt i lovens forarbeider. I NOU 1977:11 om Tiltak mot forurensinger (som er en delutredning), skriver Utvalget (på side 18):

«Utvalget er ... blitt stående ved at det ikke er mulig i loven å gi noen nærmere anvisning på hvem som i lovens forstand er å anse som den ansvarlige. I flertallet av tilfelle vil dette spørsmål ikke volde noen problemer. Undertiden kan spørsmålet imidlertid være tvilsomt, men det må da avgjøres ut fra en så vidt konkret og sammenfatt vurdering at det etter Utvalgets oppfatning ikke er mulig å løse det i loven. Om dette spørsmål henvises for øvrig til punkt 5 i merknadene til § 61».

Jeg går etter dette videre til å se på hva som står i merknadene til § 61 i NOUen, som i utkastet hadde overskriften «plikt til å sørge for tiltak mot forurensing». Det fremgår av merknadene pkt. 5 at Utvalget fant at det var behov for i lovutkastet å gi en anvisning på *hvem* tiltak kan rettes mot. Utvalget innledet merknadene til § 61 pkt. 5 med å presisere at spørsmålet om hvem som er «den ansvarlige» må avgjøres «konkret i hvert enkelt tilfelle», og at det er «vanskelig å gi noen uttømmende redegjørelse for uttrykket». Utvalget fremhevet videre at det «generelt kan sies at «den ansvarlige» er ment å omfatte «den som forurensingen skriver seg fra» og at det derfor normalt vil være «eieren av gjenstanden, anlegget osv som forurensingen eller faren for forurensing stammer fra, måtte anses som den ansvarlige». Dette ble gjentatt av departementet i Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) s. 97 om lov om vern mot forurensinger og om avfall (under kommentaren til § 7). Utvalget ga deretter noen eksempler, som imidlertid gir liten veiledning, og fremholdt, på side 23 at «den nærmere grensedragning må overlates til praksis».

I «Utkast til lov om vern mot forurensing og forsøpling med motiver (en utredning fra Miljøverndepartementet)», offentliggjort i mai 1977, er problemstillingen omtalt under punkt 4.7.3. (side 67 i utredningen). Departementet la der til grunn at det prinsipielle utgangspunktet er at pålegget må rettes mot den som er ansvarlig for forsøplingen, og at dette vanligvis vil være den som har etterlatt avfallet. I samme punkt drøftet departementet om det burde innføres en subsidiær opprydningsplikt for eieren av den grunn der avfallet ligger. Drøftelsen forutsatte at det var uklart hvem som hadde etterlatt avfallet og departementet konkluderte med ikke å ville foreslå en slik regel. Se også Ot.prp. nr. 11 (1979-80) punkt 7.7, side 54, der departementet gjentar at det ikke vil foreslå en regel om subsidiær opprydningsplikt i de

tilfeller der det ikke lykkes å finne frem til den ansvarlige.

Uttalelsene i forarbeidene peker i retning av at det ikke har vært meningen å gi forurensningsmyndighetene hjemmel til å pålegge en grunneier opprydning når grunneieren selv ikke har medvirket til forsøplingen.

Kommunen har, til støtte for sitt syn, vist til Eidsivating lagmannsretts dom 3. april 1992. Saken gjaldt et eiendomsselskap som hadde kjøpt en fast eiendom og som ble holdt ansvarlig for kostnadene forbundet med fjerning av spesialavfall som befant seg på eiendommen. Lagmannsretten fant det ikke avgjørende at selskapet, forut for forurensningsmyndighetenes inngrep, hadde overdratt anlegget på eiendommen til en annen bedrift ettersom det var uklart om ansvaret for avfallet var overført.

Dommen omhandlet ansvaret for å ha noe som representerer forurensningsfare etter forurl. § 7 første ledd. Lagmannsretten fant at grunneieren kunne pålegges ansvar fordi ansvarsforholdene var uklare. Retten presiserte at grunneieransvaret ville kunne stille seg annerledes dersom det «klart lar seg gjøre å utpeke en annen som eier eller rettighetshaver til selve kilden for forurensningen eller forurensningsfaren». Jeg kan vanskelig se at dommen kan tas til inntekt for at grunneier på generelt grunnlag kan pålegges plikter/ansvar når det viser seg umulig å tvangsgjennomføre et pålegg mot den egentlige ansvarlige. Saken gjaldt for øvrig forurensning, ikke forsøpling, og er også av den grunn ikke direkte sammenliknbar med saken her.

Jeg kan etter dette ikke se at klageren i dette tilfellet kan pålegges en subsidiær opprydningsplikt.

#### 4. Avsluttende merknader og konklusjon

Jeg nevner til slutt for ordens skyld at en uforskyldt grunneier kan pålegges fjerning av avfall med hjemmel i § 7 fjerde ledd *dersom man ikke finner den ansvarlige og området er forurenset eller det er fare for forurensning knyttet til forsøplingen*, jf. SFTs veiledning til kommunene (siste avsnitt på side 9) og Wangs kommentarer til § 7. Problemstillingen er imidlertid en annen enn i saken her ettersom det er mulig å finne den ansvarlige og kommunen heller ikke har antydning at det skulle være fare for forurensning.

Inngrep i den enkeltes rettssfære må ha hjemmel i lov. Jeg er kommet til at forurl. § 37, jf. § 28, ikke gir tilstrekkelig hjemmel for å pålegge A å rydde eiendommen. Det er da heller ikke hjemmel for vedtaket om tvangsmulkt 14. august 2006. Ettersom jeg er kommet til at kommunen manglet hjemmel for vedtaket, blir det ikke nødvendig å vurdere vedtakets rimelighet.

Jeg må derfor be kommunen om, i lys av mine synspunkter, å vurdere saken på nytt. Jeg ber om å bli holdt underrettet om utfallet av den fornyede vurderingen.»

Kommunen opphevet senere vedtaket om tvangsmulkt.

#### 104.

##### Dyrevernsak – saksbehandlingen ved avlivning av hund

(Sak 2006/1847)

*Saken gjelder dyrevernmyndighetenes avgjørelse om å avlive en hund. Avgjørelsen kom ikke til uttrykk i noe formelt vedtak.*

*Ombudsmannen kom til at avgjørelsen var i strid med en rekke av bestemmelsene i forvaltningsloven som er ment å ivareta den private parts rettsikkerhet.*

A henvendte seg hit vedrørende vedtak om midlertidig forvaring av hennes hund, truffet 10. juli 2006 av Dyrevernemnda i X. Dyrevernemnda hadde videre truffet vedtak 23. august 2006 om at hunden ikke skulle leveres tilbake til eier. Ettersom dyrevernemndas vedtak var påklaget, men ikke endelig avgjort av Mattilsynet som klageinstans, ble A i brev herfra opplyst om at saken ikke kunne behandles her før den var endelig avgjort i forvaltningen. A utdypet senere sin klage i møte her.

As advokat kom tilbake til saken. I brevet hit ble det opplyst at hunden var blitt avlivet uten varsel. Videre het det at A ikke hadde fått tilsendt kopi av dyrevernemndas brev 1. november 2006 til Mattilsynet i forbindelse med oversendelsen av As klagesak, og at A dermed ikke hadde fått anledning til å kommentere feilaktige opplysninger i brevet. Av dette brevet fra dyrevernemnda fremgikk det at hunden var avlivet 31. oktober 2006. Ifølge advokaten var A heller ikke informert om at dyrevernmyndighetene eventuelt kunne avlive hunden.

Saken ble tatt opp med Mattilsynet i brev herfra, der det blant annet het:

«I brev 1. november 2006 fra Dyrevernemnda i X til Mattilsynet heter det at hunden ble avlivet 31. oktober 2006 av dyrevernmessige hensyn. Det fremgår verken av brevet eller av saksdokumentene for øvrig om det er fattet et formelt vedtak om avliving.

1. Ombudsmannen ber Mattilsynet opplyse hvem som besluttet avliving av hunden og hva som var hjemmelen for beslutningen.
2. Ombudsmannen ber om Mattilsynets syn på om beslutningen om avliving er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Mattilsynet bes dessuten redegjøre for om forvaltningslovens regler om saksbehandling er fulgt i dette tilfellet.
3. Av Mattilsynets vedtak 20. desember 2006 fremgår det at kopi av dyrevernemndas brev 1. november 2006 i ettertid er oversendt klageren. Det bes opplyst når kopi av brevet ble sendt til klageren.»

I Mattilsynets svarbrev het det blant annet:

##### «1) *Beslutning om å avlive hunden*

Denne beslutningen ble fattet av Dyrevernemnda for X. Beslutningen ble foretatt på bakgrunn av en totalvurdering av hundens tilstand basert på anbefalinger fra behandlende veterinær, samt rapporter og journaler som beskriver hundens helsetilstand og lynne.

---

Dyrevernemnda hadde i denne saken ansvaret for en hund med kroniske lidelser som hadde stått i forvaring i over 3 måneder. Hunden skulle ikke leveres tilbake til eier, og var erklært uegnet for omplassering. Dyrevernemnda konkluderte med at det i dette tilfellet kun var avliving som gjensto som et dyrevernmessig forsvarlig alternativ. Denne beslutningen ble foretatt med hjemmel i dyrevernlovens § 26.

##### 2) *Mattilsynets syn på denne beslutningen vurdert opp mot Forvaltningslovens bestemmelser*

Mattilsynet ved Regionkontoret for ... vil vise til at vedtaket om å ta hunden i midlertidig forvaring ble foretatt med hjemmel i § 26 i Dyrevernloven. I denne paragrafen står det beskrevet at tilsynsmyndigheten skal avgjøre om dyret skal leveres tilbake til eier, selges, omplasseres eller avlives.

Dyrevernemnda fattet 23. august 2006 vedtak om at hunden ikke skulle leveres tilbake til eier. Dyrevernemnda hadde da vedtaket ble fattet til hensikt å omplassere hunden. Dyrevernemnda har av den grunn hatt hunden i midlertidig forvaring i over 3 måneder for å forsøke å behandle hunden for kroniske lidelser. Det viste seg imidlertid at medisinerer ikke ville gjøre hunden frisk, og at en permanent medisinerer ville innebære så mye plager for hunden at det ikke ble sett som forsvarlig å omplassere hunden. De kroniske plagene anses å være forårsaket av den varighet plagene hadde hatt før dyret ble tatt i forvaring og det ble igangsatt medisinsk behandling.

Det ble ikke fattet noe nytt vedtak i denne saken i forbindelse med beslutningen om at hunden skulle avlives. Regionkontoret vurderte i forbindelse med sin klagebehandling om forvaltningslovens bestemmelser var ivarett i denne saken. Regionkontoret vurderte at vedtaket som ble fattet 23. august 2006 var gyldig. Regionkontoret vurderte imidlertid at Dyrevernemnda hadde formulert dette vedtaket noe mangelfullt. Det burde i dette vedtaket framgått at hunden primært ville søkes omplassert, og dersom dette av ulike grunner skulle vise seg å være umulig ville den bli avlivet. Regionkontoret valgte å stadfeste vedtaket under sin klagebehandling på tross av at vedtaket var formulert på en slik måte.

Regionkontoret konkluderer med at denne ufullstendige formuleringen av vedtaket ikke har vært bestemmende for utfallet av denne saken.

##### 3) *Kopi av brev sendt til klageren*

Kopi av brevet som ble sendt klageren i ettertid er datert 14. desember 2006.»

Kopi av Mattilsynets svar ble sendt advokaten, som ikke hadde kommentarer til dette.



**Ved avslutning av saken uttalte jeg:**

«Undersøkelsene herfra har rettet seg mot saksbehandlingen i saken, ikke mot spørsmålet om hvorvidt det var materielt grunnlag for beslutningen om å avlive hunden.

Beslutningen om avliving kommer ikke til uttrykk i noen av de formelle vedtakene som er truffet i saken. Slik jeg forstår Mattilsynets svarbrev hit, mener tilsynet at beslutningen omfattes av dyrevernemndas vedtak 23. august 2006. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å forstå vedtaket på en slik måte. Vedtaket er formulert slik: «hunden leveres ikke tilbake til eier». Denne formuleringen omfatter ikke avliving av hunden. I vedtakets premisser er det heller ikke noe som indikerer at det er truffet avgjørelse om dette eller at en slik konsekvens kan følge av vedtaket. Vedtaket oppgir for øvrig dyrevernavloven § 23 og forskrift 13. februar 2004 nr. 425 § 2 som sin hjemmel, ikke dyrevernavloven § 26, som Mattilsynet har opplyst at er hjemmel for beslutningen om avliving.

I forarbeidene til dyrevernavloven § 26 (daværende § 24 a) er det forutsatt at det treffes et eget vedtak om avliving og at dette kan påklages. I Ot.prp. nr. 7 (1994-1995) s. 10 heter det «Før gjennomføring av vedtak om omplassering, salg eller avliving, må det imidlertid foretas en vurdering i forhold til forvaltningslovens bestemmelser om klage». Det fremgår i denne sammenhengen at spørsmålet om å gi klage på vedtaket oppsettende virkning bør vurderes ut fra blant annet rimelighetsbetraktninger overfor parten.

Avgjørelsen om avliving er i denne saken truffet uten at det er fattet noe formelt vedtak om dette. Etter sitt innhold er avgjørelsen likevel et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, og dermed omfattet av de krav som stilles i forvaltningsloven til behandling og utforming av slike vedtak.

Dyrevernavmyndighetenes behandling av avgjørelsen om avliving er i strid med en rekke bestemmelser i forvaltningsloven.

A ble ikke varslet før vedtaket ble truffet, slik hun hadde krav på etter forvaltningsloven § 16. Etter samme bestemmelse skal den private part gis anledning til å uttale seg før vedtak treffes. Ettersom A ikke ble varslet i forkant av vedtaket, fikk hun ikke mulighet til å uttale seg og dermed heller ikke anledning til å kommentere de opplysningene som lå til grunn for dyrevernavnemndas beslutning.

Avliving av hund må anses som et inngripende vedtak overfor eieren. I Ot.prp. nr. 7 (1994-1995) s. 10 er avliving betegnet som et «så vidt dramatisk inngrep i den private rettssfære». Det er da viktig at eieren blir informert om at et slikt vedtak kan bli truffet og får anledning til å uttale seg om saken. Opplysningene som fremkommer i sakens dokumenter og i korrespondansen i forbindelse med undersøkelsene herfra tyder ikke på at avliving av hunden hastet på en slik måte at varsling av A ikke var

mulig, jf. forvaltningsloven § 16 tredje ledd bokstav a. Mattilsynet har opplyst at hunden hadde vært i dyrevernavnemndas forvaring i over tre måneder og at den ble avlivet fordi den ikke ble frisk fra sine kroniske lidelser og fordi den var uegnet for omplassering på grunn av aggressiv adferd i forbindelse med håndtering og behandling. Det er ikke opplyst noe akutt behov for avliving. Mattilsynet har dessuten opplyst at hjemmel for vedtaket om avliving var dyrevernavloven § 26 om midlertidig forvaring, som gir kompetanse til å avgjøre om dyret skal avlives, ikke dyrevernavloven § 26a som gir hjemmel for avliving straks i akutte situasjoner. Det synes etter dette klart at saksbehandlingen ikke har vært i samsvar med kravene i forvaltningsloven § 16.

Vedtaket om avliving ble ikke nedfelt skriftlig, og er dermed ikke i samsvar med kravet i forvaltningsloven § 23.

Vedtaket ble ikke begrunnet i samsvar med kravene i forvaltningsloven § 24. Dyrevernavmyndighetene har i ettertid forklart hvorfor vedtaket ble truffet. Slike forklaringer finnes både i dyrevernavnemndas brev 1. november 2006 til Mattilsynet og i Mattilsynets svarbrev hit 9. mai 2007. Forvaltningsloven § 24 krever imidlertid at begrunnelsen gis samtidig med at vedtaket treffes.

A ble ikke underrettet om vedtaket i samsvar med kravene i forvaltningsloven § 27. Ifølge denne bestemmelsen skal den private part underrettes om vedtaket så snart som mulig. Vedtakets begrunnelse skal normalt gjengis i underretningen og det skal opplyses om adgangen til å påklage vedtaket. Så vidt jeg forstår, fikk A først vite om avlivingen da kopi av dyrevernavnemndas brev 1. november 2006 ble sendt til henne 14. desember 2006. Ettersom hun ikke ble underrettet om vedtaket, ble hun ikke informert om klageadgang og fikk heller ingen praktisk mulighet til å påklage vedtaket. Jeg nevner også at forvaltningsloven § 27 etter omstendighetene stiller krav om at underretningen opplyser om adgangen til å be om utsatt iverksettelse av vedtaket etter lovens § 42, adgangen til å søke fritt rettsråd, forvaltningens veiledningsplikt og adgangen til å få tilkjent saks-kostnader etter lovens § 36.

Forvaltningslovens regler om behandling og utforming av enkeltvedtak har som et av sine formål å ivareta rettssikkerheten til den private part overfor forvaltningen. Ved et såpass inngripende vedtak som beslutning om avliving, er det svært viktig at lovens regler følges. Dyrevernavmyndighetenes behandling av denne saken har vært i strid med en rekke bestemmelser som skal ivareta den private parts rettssikkerhet.

Selv om behandlingen av saken er klart kritikkverdigg, har det neppe noen hensikt at Mattilsynet tar opp vedtaket til ny behandling etter at hunden er avlivet. Jeg ber imidlertid Mattilsynet merke seg mine synspunkter og søke å unngå at slike feil begås i fremtiden.»

## Vann- og avløpsgebyr

### 105.

#### Krav om tilbakebetaling av for mye innbetalt vann- og avløpsgebyr

(Sak 2006/2262)

*En kommune avviste et krav fra en abonnent om tilbakebetaling av for mye innbetalt vann- og avløpsgebyr under henvisning til den ulovfestede læren om *condictio indebeti*.*

*Det var ikke tvilsomt at kommunen i lang tid hadde krevd inn høyere gebyrer enn det var hjemmel for i den kommunale forskriften. Hovedregelen er at det foreligger full refusjonsplikt når en kommune har krevd for høye kommunale gebyrer. Det skal mye til for at kommunen kan høres med oppgjørshensynet etter læren om *condictio indebeti* i slike tilfeller. I denne saken måtte abonnenten anses å ha et tilbakesøkingsskrav mot kommunen, og ombudsmannen ba kommunen behandle saken på nytt.*

*Sola kommune gjennomgikk saken på nytt og traff vedtak om at A ikke hadde tilbakesøkingsskrav mot kommunen. Begrunnelsen var at As leilighet var blitt registrert med feil bruksareal, og at korrekt utregning avgiftsmessig plasserte leiligheten i det såkalte trinn II. Ombudsmannen tok kommunens fornyede vurdering til etterretning og fant ikke grunn til å gå videre med saken.*

A flyttet inn i en blokkleilighet i Sola kommune i 1983. De kommunale vann- og avløpsgebyrene ble på det tidspunktet beregnet etter bruttoareal, og etter gjeldende kommunale forskrift ble avgiftene beregnet etter «Trinn II». Ved vedtak 11. desember 1989 ble de kommunale forskriftene endret, slik at arealberegning for boligbygg skulle basere seg på avgiftsgivende leieareal. Det ble presisert at vedtaket ikke skulle ha tilbakevirkende kraft. Med den nye beregningsmetoden skulle det for As leilighet vært beregnet avgifter etter forskriftens «Trinn I», i stedet for «Trinn II».

Sommeren 2006 ble A oppmerksom på at han fortsatt betalte avgifter beregnet etter bruttoareal på leiligheten, og han henvendte seg til kommunen med spørsmål om avgiftene ble beregnet etter riktig grunnlag. Kommunen redegjorde for forskriftsendringen i 1989, og opplyste at gebyrene fra og med 1. juli 2006 ville bli beregnet etter gjeldende, lavere satser. I brev til kommunen ba A om tilbakebetaling av for mye innbetalte gebyrer fra 1989 og frem til juli 2006. Kommunen avviste As krav, under henvisning til at Kommunalplanutvalget 7. juni 1995 hadde vedtatt at eventuell «justert avgift beregnes fra første påfølgende avgiftstermin uten tilbakebetaling/innbetaling av avgiftsdifferanse». A klaget på avvisningen til kommunen, som opplyste at vedtak om kommunale avgifter ikke var «fattet i enkeltvedtaks form,

og det er derfor heller ingen klagerett etter forvaltningsloven».

A brakte saken inn for ombudsmannen, som etter en gjennomgang av As klage og de innsendte dokumentene, tok saken opp med kommunen. Kommunen ble bedt om å opplyse om, og eventuelt hvor mye, A hadde innbetalt for mye i vann- og avløpsgebyr i perioden fra 11. desember 1989 til 1. juli 2006. Videre ble det bedt om en redegjørelse for det rettslige grunnlaget som begrunnet avvisningen av As krav om tilbakebetaling. Det ble stilt spørsmål om, og eventuelt på hvilken måte, berørte abonnenter fikk informasjon om endringen i arealberegningen i 1989, og hvordan abonnentene ble gjort kjent med muligheten til å be kommunen foreta ny arealberegning.

I brev til ombudsmannen redegjorde kommunen nærmere for bakgrunnen for endringen av arealberegningen i 1989 og for hvordan utregningen etter endringen skulle skje. Videre ble det opplyst:

«Saken er den at bruken av faktoren 0,55 fikk en utilsiktet virkning for leiligheter i blokkbebyggelse. Når disse leilighetene gjøres om fra leieareal til bruksareal, betales det i realiteten for ca. halvparten av leilighetens totale areal. Etter at A nå har fått en omregning med virkning fra annen termin 2006 betaler han altså bare for halvparten av det faktiske areal han har i sin leilighet, og som forbruker vann- og avløpstjenester. Kommunen ser at A kunne ha krevd en omregning på et tidligere tidspunkt, med det til følge at han hadde fått en reduksjon av sine vann- og avløpsgebyr. Kommunen ser videre at man nok skulle ha innført en omregningsfaktor som bedre var tilpasset forholdene for blokkleiligheter, slik at disse leilighetene hadde det samme utgangspunkt for avgiftsgrunnlag ved en omregning som eneboliger i kommunen.

Kommunen er likevel av den formening at A i hele perioden fra 11. desember 1989 til 1. juli 2006 har betalt vann- og avløpsgebyr etter det areal som rent faktisk har forbrukt disse tjenestene. Det er de faktiske forholdene man må vektlegge i saken, og ikke den utilsiktet fordelaktige situasjonen A ville ha vært i dersom han hadde krevd en omregning på et tidligere tidspunkt.»

Vedrørende avvisningen av As tilbakebetalingskrav, viste kommunen til den ulovfestede læren om *condictio indebeti*. Ved denne vurderingen ble det blant annet lagt vekt på at vedtaket fra 1989 ble kunngjort i dagspressen, at A kunne ha fått informasjon om omregningen gjennom en henvendelse til kommunen, at det opplyses på fakturaene at man kan kontakte kommunen dersom man har spørsmål om fakturaen, og at informasjon om vann- og avløpsgebyr i flere år har ligget tilgjengelig på kommunens internettsider. Videre anførte kommunen at det ville være urimelig om A skulle få tilbakebetalt vann- og avløpsgebyr, i og med at han i hele perioden hadde betalt for det antall kvadratmeter som har forbrukt vann- og avløpstjenester. Kommunen fremholdt at det måtte vektlegges at betalingene var mottatt i god

tro, og at kommunen hadde innrettet seg etter den mottatte betalingen.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Vann- og avløpsgebyrer ilegges i medhold av lov 31. mai 1974 nr. 17 om kommunale vass- og kloakkavgifter. Det følger av lovens § 3 at den enkelte kommune i forskrift skal fastsette avgiftenes størrelse og gi nærmere regler om gjennomføring og innkreving. Sola kommunestyre vedtok gjeldende forskrifter for vann- og kloakkavgifter 10. desember 1976. Den endringen som kommunestyret vedtok 11. desember 1989, medførte at As leilighet skulle beregnes etter avgiftsgivende leieareal, som fremkommer ved at bruksarealet multipliseres med faktoren 0,55. Dette medførte at hans leilighet falt inn under kategorien Trinn I, det vil si leiligheter med leieareal fra 0-75 m<sup>2</sup>. Da den nye beregningsmetoden ikke ble gjennomført for As leilighet, ble leiligheten fortsatt avgiftsberegnet etter avgiftskategori Trinn II. Etter de avgiftssatsene som gjaldt i Sola kommune for 2006, utgjorde årsgebyrene for boliger beregnet etter Trinn I om lag halvparten av årsgebyrene etter Trinn II.

Det er etter dette ikke tvilsomt at A siden forskriftsendringen i 1989 har innbetalt for mye i vann- og avløpsgebyr. Det er heller ikke tvilsomt at kommunen har krevd inn høyere gebyr enn det kommunen hadde hjemmel for i den kommunale forskriften.

Kommunen har vist til at vurderingen av om A kan kreve differansen tilbakebetalt må skje etter den ulovfestede læren om *condictio indebeti*. Etter denne læren om restitusjon ved villfarelse om betalingsplikt skal det foretas en konkret helhetsvurdering, der særlig to hovedhensyn må avveies mot hverandre. På den ene siden hensynet til at betalingsmottakeren skal kunne innrette seg i tillit til at endelig betaling har skjedd, og på den annen side, korreksjonshensynet - hensynet til å rette opp en feil betaling. Relevante momenter er blant annet partenes subjektive forhold, i hvilken grad mottakeren har innrettet seg, og hvem som er nærmest til å bære ansvaret for feilbetalingen. Under enhver omstendighet er det et grunnvilkår at betalingsmottakeren har mottatt betalingen i god tro.

En kommune vil sjelden kunne avvise et tilbakesøkingsskrav knyttet til kommunale gebyrer med henvisning til den rimelighetsvurderingen som skal foretas etter læren om *condictio indebeti*. Jeg viser i

denne sammenheng til uttalelser i Kai Krüger, Pengekrav, Oslo 1984 på side 315-316:

«Ved oppkreving av skatter og avgifter til fordel for det offentlige, må hovedregelen i dag sies å være at det foreligger full og uavkortet refusjonsplikt. Det offentlige representerer i praksis ikke noe stort behov for at vitterlig feilaktig oppgjør skal være endelige, med mindre betaleren i utpreget grad har seg selv å takke for at feilen ble begått.»

Jeg tilføyer at det er kommunen som fastsetter størrelsen på de kommunale gebyrene, og at det er kommunen som innkrever disse. Selv om situasjonen skulle være slik at betaleren burde ha oppdaget feilen, vil det etter min oppfatning ikke ha betydning for selve eksistensen av et tilbakesøkingsskrav, med mindre feilen først og fremst ligger på betalerens hånd. Jeg kan heller ikke se at kommunens anførsel om at forskriftsendringen innebar en tilfeldig fordel for leiligheter av As type, skulle ha betydning for kommunens refusjonsplikt. Kommunen ville på et hvilket som helst tidspunkt ha kunnet motvirke en slik virkning gjennom å endre forskriften. Det har ikke kommunen gjort.

Gjennom de alminnelige foreldelsesreglene vil kommunen være vernet mot de mest urimelige virkningene av feilberegning av kommunale gebyrer. Kommunen har imidlertid ikke påberopt seg foreldelse i denne saken, og jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

A må anses å ha et tilbakesøkingsskrav mot kommunen som følge av at kommunen har krevd inn høyere årsgebyr for vann- og avløp enn det kommunen hadde hjemmel eller rettslig grunnlag for.

Jeg ber kommunen behandle As krav om tilbakebetaling på nytt, og vurdere om det er grunn til å tilbakebetale hele eller deler av differansen mellom det han har betalt og det han etter forskriften skulle ha betalt.

Kommunen bes holde ombudsmannen orientert om utfallet av saken.»

Sola kommune gjennomgikk saken på nytt og traff vedtak om at A ikke hadde tilbakesøkingsskrav mot kommunen. Begrunnelsen var at As leilighet var blitt registrert med feil bruksareal, og at korrekt utregning avgiftsmessig plasserte leiligheten i det såkalte trinn II. Jeg tok kommunens fornyede vurdering til etterretning og fant ikke grunn til å gå videre med saken.

## V. Forvaltningens oppfølging av ombudsmannens uttalelser

### Meldingen for 2004

#### **Sak om opphør av skatteplikt til Norge etter den tidligere ettårsregelen ved deltakelse i internasjonale fredsbevarende og humanitære oppdrag**

(Sak 2004/1796)  
Nr. 48 (s. 189-195)

I etterkant av min uttalelse i oktober 2004 ble det inngående korrespondanse med Finansdepartementet. Departementet holdt fast ved sin rettslige argumentasjon for at forskjellsbehandlingen på grunnlag av om lønnen skrev seg fra privat eller (øremerket) offentlig kilde ikke var usaklig. Departementets argumentasjon fikk likevel ikke avgjørende innflytelse på den oppfatningen jeg hadde gitt uttrykk for. Jeg tok derfor initiativ til et møte med departementet som ble avholdt 20. november 2007.

Etter dette møtet sendte jeg et brev til Finansdepartementet der jeg blant annet uttalte:

«I møtet [20. november 2007] kom det frem at konsekvensene for ligningsmyndighetene av eventuelt å underkjenne den praksis som bygger på å skille mellom statlig og privat lønnskilde ved praktiseringen av skatteloven 1911 § 17 tredje ledd ville kunne bli vidtrekkende og ressurskrevende. Dette ble særlig begrunnet med at den lempelige praktiseringen av dokumentasjonskravet i skatteloven 1999 § 2-1 fjerde ledd (tidligere skatteloven 1911 § 17 tredje ledd) i 2001 også ble gjort gjeldende for den lille gruppen personer som utførte oppdrag for TIPH i Hebron. Disse personene var formelt ansatt i og lønnet av Flyktningerådet, men var betalt av øremerkede midler fra Utenriksdepartementet. Det ble også vist til det upubliserte brevet fra Finansdepartementet 4. september 2002, referert i departementets brev hit 13. mai 2004. Fra sistnevnte brev siteres:

«Uttalelsen [4. september 2002] innebærer at det for personell som lønnes av øremerkede statlige midler, ikke foreligger begrensninger med hensyn til at oppdraget skal være av fredsbevarende eller sikkerhetsmessig karakter for at den lempelige dokumentasjonspraksisen skal kunne anvendes. For eksempel vil ulike typer bistands- og utviklingsoppdrag i utlandet falle inn under ordningen.»

Særlig den utvidelsen av anvendelsesområdet for det lempelige dokumentasjonskravet som synes ak-

septert av Finansdepartementet i brevet 4. september 2002 vil ifølge departementet gjøre det vanskelig å trekke et praktikabelt skille mellom uteoppdrag som er av en slik art at skattyter bør kvalifisere for å bli ansett som skattepliktig som innenlandsboende uten noe dokumentasjonskrav, og uteoppdrag som ikke kan anses å være av en slik «fortjent» art. Antallet klagesaker vil bli uforholdsmessig stort. Disse mer vidtgående konsekvensene av hva jeg hadde lagt til grunn var en begrenset utvidelse av fritaket, er et relevant reelt hensyn, og jeg har også forståelse for at det er et tungtveiende hensyn for Finansdepartementet.

Etter den nye ettårsregelen som trådte i kraft med virkning fra og med inntektsåret 2002, og som er hjemlet i skatteloven § 1999 § 2-1 tiende ledd, gjelder det ikke lenger noe krav om skatteplikt som innenlandsboende i oppholdslandet. Dokumentasjonskravet er følgelig falt bort for alle skattytere som har arbeidsopphold i utlandet, uavhengig av om deres lønn kommer fra statlig eller privat kilde.

Relativt sett er det ikke tvilsomt at det bare har vært en liten gruppe statlig avlønnede som har nytt godt av den liberale praktiseringen av fritaksbestemmelsen i skatteloven 1911 § 17 tredje ledd, og som ble videreført i skatteloven 1999 § 2-1 fjerde ledd tredje punktum for årene 2000 - 2002. Det rettslige spørsmålet i denne saken skiller seg derfor fra det forskjellsbehandlings-spørsmålet som fikk sin avgjørelse i Høyesteretts dom i Rt. 2007 s. 302 (Kværner Oil & Gas [Kogas]). I Kogas-saken går det frem at i praksis hadde alle utestasjonerte statlig ansatte, i motsetning til utestasjonerte privat ansatte, fått slippe skatteplikt på fri bolig der de var utstasjonert, helt uavhengig av om de samtidig også hadde disponibel bolig her hjemme.

Etter en fornyet og helhetlig vurdering har jeg derfor kommet til å la denne saken nå bero med de undersøkelsene som er gjort. Jeg setter fortsatt et spørsmålsteget ved rimeligheten av å ha latt konsekvenshensyn være avgjørende. Selv om det er også internasjonalt akseptert at lønn fra (utenlandsk) statlig kilde særbehandles, er det ikke dermed sagt at det er rimelig å la forskjellsbehandlingen resultere i ulik praktisering av lovens dokumentasjonskrav.

Saken er nå avsluttet fra min side.»

Partene har igjen kommet tilbake til saken.

### Skattemessig bosted ved arbeidsopphold i Sverige – forholdet til den tidligere ettårsregelen

(Sak 2004/2405)

Nr. 49 (s. 195-200)

I Finansdepartementets svar i desember 2004 het det blant annet:

«Etter artikkel 28 i den nordiske skatteavtalen fremgår det klart at det er skattyteren som skal ta initiativet til at de kompetente myndigheter skal forsøke å løse beslutninger som medfører eller kan medføre en beskatning som er i strid med skatteavtalen. Dette gjelder for øvrig i forhold til alle tilfeller der skattyteren mener at det er truffet tiltak som vil medføre en beskatning som avviker fra bestemmelsene i skatteavtalen. Det fremgår videre at skattyteren skal ta saken opp med den kompetente myndighet i den stat hvor han er bosatt.

Siden skattyteren er skatteavtalemessig bosatt i begge land, kan skattyteren velge hvilket lands kompetente myndighet han vil ta saken opp med. Når skattyteren ønsker en bestemt løsning på spørsmålet om avtalebosted, er det imidlertid i hans interesse å ta saken opp med den kompetente myndighet i den stat hvor han selv anser seg bosatt. Det er denne staten han ønsker skal støtte hans sak og det er der han selv mener å ha størst tilknytning. Det har liten hensikt å be den stat, som etter en grundig vurdering av sakens faktum har kommet til at han skal anses skatteavtalemessig bosatt der, å ta saken opp med den annen stat for å argumentere for en løsning skattyteren ikke ønsker. Situasjonen er imidlertid annerledes hvis skattyteren henvender seg til en av statene med anmodning om å finne en løsning, uansett hva denne måtte bli. I et slikt tilfelle vil begge stater ha en foranledning til å ta saken opp med den annen stat.

Det er flere grunner til at det er skattyteren som må ta et initiativ. De kompetente myndigheter vet ikke om skattyteren selv ønsker at saken skal tas opp og eventuelt avgjøres ved en gjensidig overenskomst eller om han ønsker den prøvet for domstolene. En gjensidig overenskomst som gir en løsning som skattyteren er uenig i, vil kunne være et hinder for å få prøvd saken for domstolene, jf. Hr.dom av 9. november 1992 (Heerema-saken), inntatt i Utv. (Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål) 1993 s. 12 flg.

...

Etter departementets erfaring er det ikke vanskelig for skattyteren å få bostedslandets kompetente myndigheter til å ta saken opp med det andre landet dersom bostedslandet mener det andre landets løsning er i strid med avtalens bestemmelser. En kan derfor ikke se at departementets standpunkt om at skattyteren skal ta saken opp med de kompetente myndigheter i det landet hvor han selv anser seg for å være bosatt vil medføre noen unødig stor belastning for skattyteren. Tvert i mot anser departementet dette for å være den løsning som følger av skatteavtalens system.»

Jeg informerte da Finansdepartementet om at det var mitt inntrykk at det i praksis kan være tungt for en skattyter å få satt i gang en tvisteløsningsprosess

etter skatteavtalenes prosedyreregler slik disse praktiseres. I samme brev i januar 2005 skrev ombudsmannen så:

«Nå forstår jeg departementet slik at skattyteren etter ordlyden i artikkel 28 i den nordiske skatteavtalen (som her samsvarer med OECD-mønsteret) kan velge hvilket lands skattemyndigheter han vil gå til når det foreligger dobbelt avtalebosted. Det harmonerer med at når en stat anser vedkommende som bosatt og skattepliktig i denne staten, må den også påta seg de forvaltningsmessige forpliktelser bostedsstaten har etter avtalen.

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved grunnlaget for å praktisere prosedyrereglene slik at skattyteren, når han selv ønsker en bestemt bostedsløsning, bare kan rette en tvisteløsningsbegjæring til skattemyndighetene i den staten som deler hans syn. Jeg vil tro at spørsmålet ut fra rettssikkerhetsmessige hensyn ikke er helt uvesentlig, selv om departementet er av en annen oppfatning. Dette fordi jeg, i motsetning til departementet, antar at det gjennomgående vil være betydelig enklere for skattyteren å ta saken opp gjennom skattemyndighetene i det landet hvor han har hørt hjemme og hvor han kjenner forholdene og språket best - uavhengig av om han er enig eller uenig i deres standpunkt. Når disse forhold tas i betraktning har jeg litt vanskelig for å se at det alltid vil være i skattyterens interesse å ta saken opp med skattemyndighetene i den staten han selv mener å være bosatt.

Jeg setter også et spørsmålstegn ved den sondringen departementet gjør mellom en nøytral begjæring fra skattyter om å finne en løsning, og en begjæring om en bestemt løsning. Skattyterens syn vil vel normalt være på det rene på dette tidspunktet, og det kan synes unødvendig formelt ikke å tillate ham ytterligere argumentasjon for hans primærløsning. Videre vil det alltid være i skattyterens interesse å få en løsning som innebærer skatteplikt bare til en av statene, fremfor å bli skattlagt i begge. Under enhver omstendighet synes det å være mest i tråd med ordlyden i artikkel 28, og det overordnede formålet om å unngå dobbeltbeskatning, om nødvendig gjennom forhandlinger, at skattyteren kan velge hvilket lands skattemyndigheter han vil gå til for å starte prosessen.»

Finansdepartementet delte ikke min syn og begrunnet dette slik i et brev i mai 2005:

«For en skattyter som selv har et ønske om en bestemt løsning på bostedsspørsmålet, er det mindre hensiktsmessig å ta saken opp med de kompetente myndigheter i det landet han mener har truffet en feilaktig beslutning, og som han betrakter som sin motpart. Ligningsmyndighetene i fraflyttingslandet vil ha truffet sin beslutning etter en grundig overveielse, ofte etter behandling i lignings- og overligningsnemnda på bakgrunn av klage fra skattyteren. Fraflyttingslandet vil derfor ikke i forhold til den annen stats kompetente myndigheter argumentere for den løsning skattyteren ønsker, men for den forståelse de selv har lagt til grunn. Derfor er det i skattyters egen interesse å ta saken opp med tilflyttingslandet når han selv mener at det er der han har den sterkeste tilknytningen. [...] Foretrekker en nordmann som oppholder seg i utlandet å ta

opp bostedsspørsmålet med de norske skattemyndighetene i stedet, er det imidlertid ikke noe formelt i veien for det.

... For ligningsvedtak som gjelder spørsmål om fortolkningen av eller anvendelsen av en skatteavtale, suppleres ligningslovens regler om overprøving av de særskilte overprøvningsregler som følger av den enkelte skatteavtale. I de skatteavtalene som Norge har inngått, finner man disse reglene i bestemmelsen om gjensidige overenskomster, dvs. den artikkel som tilsværer artikkel 25 i OECD-modellen. I motsetning til ligningsvedtak om internrettslige spørsmål, vil et vedtak om et skatteavtalespørsmål på grunn av artikkel 25 i skatteavtalen, svært ofte kunne overprøves i lang tid etter at ligningslovens frister for overprøving er utløpt.

... Norske ligningsmyndigheter har plikt til å endre den norske ligningen i saker som tas opp og avgjøres i medhold av artikkel 25. Dette gjelder enten endringen skjer ensidig eller etter avtale med eller i forståelse med de kompetente myndigheter i den annen stat. Vi viser i denne sammenheng til ligningsloven § 9-5 nr. 2 bokstav c.

Finansdepartementet antar derfor at de hensyn som ligger til grunn for at ombudsmannen ikke skal behandle en klage som skattyteren kan få overprøvd av et høyere forvaltningsorgan, er de samme enten en skattyter kan få overprøvd saken sin i medhold av ligningsloven eller i medhold av den særlige overprøvningsadgangen som følger av den enkelte skatteavtale. Dette kan forventes å bety at ombudsmannen normalt ikke vil avgi uttalelse i saker hvor de kompetente myndigheter eller skattyter selv fortsatt har adgang til overprøving i medhold av en skatteavtale.

... Når det gjelder uttalelsen til Follo likningskontor av 16. november 2004, med referansen 2004/2405, har ombudsmannen anmodet ligningsmyndighetene om at saken om skattemessig bosted etter avtalen behandles på nytt. På bakgrunn av at de kompetente myndigheter i begge land og skattyteren selv fremdeles har adgang til å ta opp spørsmålet om skatteavtalemessig bosted, legger departementet imidlertid til grunn at det i den konkrete saken ikke skal foretas en endring av den norske ligningen, med mindre endringen er et resultat av en gjensidig overenskomst etter artikkel 28 i den nordiske skatteavtalen.

Departementet antar at skattyteren har tatt saken opp med ombudsmannen fordi han på grunn av dobbelt avtalebosted er blitt utsatt for en uønsket og utilsiktet dobbeltbeskatning av inntektene sine. Hvis skattyteren i dette tilfellet fortsatt ønsker å eliminere en foreliggende dobbeltbeskatning, vil den korrekte fremgangsmåten være at skattyteren selv anmoder de kompetente myndigheter i et av landene om å innlede forhandlinger om en gjensidig overenskomst om dette spørsmålet. Denne fremgangsmåten vil for skattyteren være den eneste effektive fremgangsmåte for å sikre seg mot en uønsket dobbeltbeskatning. Samtidig vil den hindre en utilsiktet ikke-beskatning. Den gjensidige overenskomsten vil være bindende for skattemyndighetene (og domstolene), og vil om nødvendig medføre en omligning av skattyterens inntekter i det ene eller i begge land.

Departementet har i brev av i dag anmodet Skattedirektoratet om at skattyteren blir informert om denne fremgangsmåten. Skattyteren vil også bli underrettet om at han som grunnlag for en henvendelse til kompetent myndighet, må redegjøre for hvordan inntektene er beskattet i begge land og påvise den aktuelle dobbeltbeskatningen.»

Etter korrespondansen med Finansdepartementet ble saken endelig avsluttet fra min side ved nedenstående uttalelse i juni 2007:

*«Ombudsmannens behandling av klager på norske skattemyndigheters standpunkt til skattyters bosted etter skatteavtale.*

I etterkant av min uttalelse 16. november 2004 har det vært en nyttig informasjons- og meningsutveksling i korrespondansen med Finansdepartementet.

På bakgrunn av den informasjonen Finansdepartementet har gitt meg i denne korrespondansen, har jeg kommet til at klager til ombudsmannen på norske skattemyndigheters standpunkt til skattyters bosted etter skatteavtale ikke alltid vil egne seg for realitetsbehandling her. Hvis det ikke fremgår tilsynelatende klart av saksdokumentene at skattyter for det/de år klagen gjelder faktisk har tatt konsekvensen av sin egen oppfatning om å være skattemessig bosatt i det andre avtalelandet og således har oppgitt *hele* sin inntekt samsvarende med globalinntektsprinsippet til myndighetene i dette avtalelandet, vil saken ikke være egnet for nærmere undersøkelse her. I saker hvor det ikke synes å være grunnlag for tvil om at skattyter har oppfylt sin opplysningsplikt i samsvar med globalinntektsprinsippet i det landet skattyter mener seg bosatt etter skatteavtalen, og saken også ellers synes egnet for ombudsmannsbehandling, er jeg innstilt på fortsatt å være åpen for å undersøke bostedsspørsmål etter skatteavtalene nærmere. Realitetsbehandling her vil som kjent normalt først være aktuelt når saken er ferdig behandlet i de ordinære interne klageorganer etter ligningsloven på lik linje med andre klagesaker knyttet til skatt og ligning.

Selv om ombudsmannens uttalte mening i en konkret sak ikke er bindende, finner jeg grunn til å minne om at det er Stortingets forutsetning at forvaltningen - også alle organer innen skatte- og ligningsforvaltningen - i alminnelighet bør innrette seg i forhold til ombudsmannens anbefaling. Selv om endelig avklaring av en tvist om skattemessig bosted etter skatteavtale administrativt tilligger de sentrale skattemyndigheter, er det vanskelig å se særskilte grunner til at det på generelt grunnlag bør gjøres unntak for ombudsmannsuttalelser som gjelder den norske ligningsforvaltningens *fortolkning* av skatteavtalenes bostedsbestemmelser. Hvis uttalelsen gjelder en sak som grunnet kompliserte faktiske forhold kanskje reiser vanskelige faktiske bevissspørsmål og som det senere viser seg at ombudsmannen ikke hadde fått full kjennskap til og oversikt over da ut-

talelsen ble gitt, vil det naturligvis kunne være riktig av forvaltningen å ta opp med ombudsmannen hans syn på forvaltningens *anvendelse* av skatteavtalens bostedsbestemmelser i den konkrete saken.

For øvrig fastholder jeg betydningen av ombudsmannens funksjon som rettsikkerhetsgaranti også i disse sakene.

...

#### *Om skattyters rettigheter og plikter i forhold til anmodning om løsning av skatteavtaletvist ved gjensidig avtale*

Den generelle redegjørelsen Finansdepartementet har gitt [...] for de prosedyrer og saksbehandlingsregler som skal følges når en skattyter anmoder de kompetente myndigheter etter skatteavtalen om å innlede forhandlinger med sikte på en gjensidig avtale til løsning av en skatteavtaletvist om skattyters bosted, fremstår samlet sett som opplysende og utførlig. Det hadde likevel vært ønskelig med tallmateriale som kunne gitt innsikt i hvor ofte det i praksis forekommer at slike forhandlinger innledes med sikte på å komme frem til en gjensidig avtale om et bostedsspørsmål i en konkret sak.

Jeg tar likevel til etterretning at Finansdepartementet fastholder at det vil være mest hensiktsmessig for skattyter å ta kontakt med de kompetente myndigheter i det land hvor skattyter mener seg bosatt etter skatteavtalen. Derfor har jeg ingen avgjørende kritiske bemerkninger til at kompetent myndighet i Norge som hovedregel vil begrense seg til å viderefremme skattyters anmodning til de kompetente myndigheter i det andre avtalelandet om skattyter mener seg bosatt etter skatteavtalen der, men likevel foretrekker å rette sin anmodning om at det opptas forhandlinger med sikte på inngåelse av en gjensidig avtale til kompetent myndighet i Norge.

Jeg har ellers merket meg at i følge departementet skal skattyteren etter de saksbehandlingsregler som gjelder kunne være forvisset om at myndighetene i begge stater vil sitte med de samme opplysningene under forhandlingene. Dessuten at skattyteren i følge departementet vil ha innsynsrett i saksdokumentene samt uttalerett i løpet av forhandlingene og at disse rettighetene skal bli ivaretatt på en slik måte at vedkommende faktisk og praktisk gis full anledning til å fremføre sine argumenter for de kompetente myndigheter og eventuelt supplere disse etter at forhandlingene er kommet i gang.

Det er likevel fortsatt min oppfatning at slik informasjon som Finansdepartementet nå har gitt meg om prosessen, funksjonen og de rettslige og faktiske konsekvenser av denne tvisteløsningsordningen etter skatteavtalene generelt synes vanskelig tilgjengelig for interesserte skattytere. En skattyter som får behov for slik kunnskap på grunn av en konkret sak, vil da som regel alt være i kontakt med de lokale og/eller sentrale ligningsmyndigheter om den aktuelle

skatteavtalesaken. Jeg tar det derfor som gitt at vedkommende om nødvendig vil bli henvist videre til ligningsmyndigheter med tilstrekkelig faglig innsikt til å gi skattyter den informasjon og veiledning vedkommende ønsker/har behov for om denne tvisteløsningsordningen. Jeg finner derfor nå ikke grunn til å gå nærmere inn på denne tilgjengelighetsproblematikken på generelt grunnlag.

#### *Den konkrete saken.*

Ved undersøkelse av sak 2004-2405 her ble det ikke særskilt vurdert hvorledes skattyter faktisk hadde forholdt seg til sin status som skattemessige bosatt i Sverige etter intern svensk rett og etter den nordiske skatteavtalen slik de lokale svenske skattemyndigheter angivelig tolket denne. Jeg har derfor ikke grunnlag for å ha noen mening om skattyteren i denne saken hadde etterstrebet å gi skattemyndighetene i Sverige full innsikt i sin «globalinntekt» for de år denne klagen gjaldt. Av denne grunn har jeg nå ikke lenger innsigelser til Finansdepartementets standpunkt om at denne saken eventuelt må finne sin løsning ved gjensidig avtale mellom avtalelandenes kompetente myndigheter hvis skattyter fortsatt mener at det gjeldende vedtaket i overligningsnemnda om bostedsspørsmålet etter skatteavtalen er uriktig.»

## Meldingen for 2005

---

### **Samordning av stønad til livsopphold fra Aetat med introduksjonsstønad for nyankomne innvandrere**

(Sak 2005/836)

Nr. 42 (s. 185-187)

På bakgrunn av min uttalelse foreslo Kommunal- og regionaldepartementet i Ot.prp. nr. 60 (2006-2007) å endre lov om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere 4. juli 2003 nr. 80 (introduksjonsloven) § 12 annet ledd «slik at den gir klarhet i hvilke ytelser fra Arbeids- og velferdsetaten som tilfaller kommunen og hvilke som tilfaller den enkelte deltaker på introduksjonsprogrammet.» Introduksjonsloven § 12 annet ledd ble endret i tråd med forslaget i Ot.prp. nr. 60 (2006-2007) ved lov 29. juni 2007 nr. 43 og lyder nå:

«Dersom vedkommende som en del av introduksjonsprogrammet deltar i opplæring som utløser stønad til livsopphold, barnetillegg, tilsynstillegg for barn og andre familiemedlemmer, borteboertillegg eller reisetillegg fra Arbeids- og velferdsetaten tilfaller stønaden kommunen.»

## Meldingen for 2006

---

### **Innsyn i dokumenter i traktatbruddssak for EFTA-domstolen** (Sak 2006/1520) Nr. 4 (s. 55-60)

Etter å ha tatt opp saken med de berørte stater og organisasjoner, ga departementet innsyn i innleggene fra Island, Nederland og Finland samt ESAs replikk og Norges tilsvarende. De øvrige statene og Kommisjonen ønsket ikke at offentliggjøring skulle finne sted, og departementet mente på denne bakgrunn at offentliggjøring ville kunne skade forholdet til de enkelte land/organisasjoner og at dokumentene kunne og burde unntas etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

Med de undersøkelser som departementet hadde foretatt, fant jeg å kunne la saken bero med den forklaring som var gitt.

### **Innsyn i dokumenter hos Konkurransetilsynet – taushetsplikt om forretningsforhold** (Sak 2006/902) Nr. 8 (s. 67-70)

Konkurransetilsynet behandlet saken på nytt, og kom med ett unntak til at de aktuelle dokumentene ikke inneholdt taushetsbelagt informasjon. Det var særlig lagt vekt på at opplysningene ikke lå i kjerneområdet for taushetsplikten, at det hadde gått en viss tid og skjedd betydelige endringer i markedet, og at flere av bestemmelsene i avtalen var alminnelige eller standardbestemmelser i slike avtaler. Videre la tilsynet til grunn at enkelte av opplysningene var allment kjent, og at en offentliggjøring av opplysningene ikke ville kunne medføre risiko for tap eller redusert gevinst for selskapet. Tilsynet viste i denne sammenheng til at selskapet heller ikke hadde forklart nærmere hvorfor en frigivning av opplysningene ville kunne føre til tap eller redusert gevinst for selskapet, slik at tilsynet i stor utstrekning måtte bygge på egne vurderinger av de omstridte opplysningene. Konkurransetilsynet konkluderte med at det ikke ville være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene, og at opplysningene derfor ikke var underlagt taushetsplikt.

Jeg fant å kunne la saken bero med den fornyede behandlingen Konkurransetilsynet hadde gjort.

### **Tjenstlig tilrettevisning etter interne ytringer fra lærer ved en av Forsvarets skoler** (Sak 2005/2115) Nr. 13 (s. 84-87)

Forsvarsstaben opplyste at saken hadde fått sin endelige avslutning etter et møte mellom A, ledelsen ved skolen og forsvarsstaben. En representant fra

Forskerforbundet deltok i møtet sammen med A. I møtet innrømmet skolen at det ikke fantes grunnlag for å gi skriftlig, tjenstlig tilrettevisning, og beklaget at dette hadde skjedd og at saken hadde heftet ved A i så lang tid. Forsvaret erkjente også at det ikke hadde vært grunnlag for å stille spørsmål ved As ansettelsesforhold, slik skolesjefen hadde gjort i et brev til A. Det ble i møtet videre opplyst at Forsvaret ønsket å tilrettelegge de siste årene av As yrkeskarriere «på en måte som blir mest mulig meningsfull» for A.

### **Tilsetting av spesialsykepleier – negative faktiske opplysninger ble ikke forelagt søkeren til uttalelse** (Sak 2005/1589) Nr. 18 (s. 96-98)

Sykehuset ga ingen tilbakemelding på om det var foretatt en ny vurdering av innsynsspørsmålet. Som følge av et purrebrev til sykehuset, med kopi til klageren, tok klagerens advokat kontakt. Det ble opplyst at klageren hadde brakt saken om tilsetting av spesialsykepleier inn for domstolene, og at han med dette var gitt fullt innsyn i de opplysningene som sykehuset tidligere hadde unntatt fra innsyn.

Klagerens søksmål mot sykehuset endte for øvrig med at han ble tilkjent erstatning som følge av forbigåelse ved tilsetting av spesialsykepleier.

### **Tilsetjing av undervisningsinspektør – utanforliggende omsyn** (Sak 2006/1032) Nr. 20 (s. 99-100)

Etter ein fornyet gjennomgang av kvalifikasjonsvurderinga, haldt kommunen fast ved vurderinga. Eg fant etter dette ikkje grunn til å gå vidare med saka.

### **Tildeling av behandlingshjelpemiddel – klagerett og klageinstans** (Sak 2005/903) Nr. 32 (s. 135-139)

Jeg tok Helse- og omsorgsdepartementets svar til etterretning. Deretter vurderte jeg realiteten i avslaget klageren hadde fått på søknaden om varig utlån av en bærbar oksygenkonsentrator. Det ble ikke funnet grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot avslaget, som var basert på en helsefaglig vurdering foretatt av Sosial- og helsedirektoratet. Jeg forsto det slik at det var lagt til grunn et nødvendighetskriterium og stilte spørsmålet «om ikke det rettslige vurderingstemaet for departementets avgjørelse burde vært uttrykt klarere i vedtaket». Avslutningsvis uttalte jeg at klageren kan ta opp spørsmålet om varig utlån på ny hvis hennes situasjon skulle bli vanskeligere.



**Tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis**  
(Sak 2004/3371)  
Nr. 33 (s. 139-147)

Etter at det var minnet om saken herfra, opplyste kommunen i brev 3. januar 2008 at klageren hadde stevnet kommunen for retten i tildelingssaken. Ved tingrettens dom 18. oktober 2007 ble kommunen dømt til å betale klageren 250 000 kroner i erstatning for økonomisk tap som følge av saksbehandlingsfeil. Det ble opplyst at klageren hadde anket erstatningsutmålingen inn for lagmannsretten og at kommunen i desember 2007 sendte anketilsvar og erklærte akessorisk motanke.

**Skadelidtes plikt til å begrense et tap ved feilinformasjon fra trygdekontoret**  
(Sak 2006/666)  
Nr. 34 (s. 148-150)

På bakgrunn av min uttalelse revurderte Arbeids- og inkluderingsdepartementet den tidligere beslutningen om at A hadde plikt til å melde seg som arbeidssøker for å begrense sitt økonomiske tap. I departementets brev til Arbeids- og velferdsdirektoratet het det blant annet:

«Etter omstendighetene finner Arbeids- og inkluderingsdepartementet under noen tvil grunn til å omgjøre sitt vedtak slik at A ikke pålegges plikt til skadebegrensning etter skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2. Vår tvil skyldes at den skadebegrensning som A etter vedtaket ble forutsatt å bidra med, besto i å benytte seg av det vanlige tilbudet for arbeidsløse etter at hun hadde fått en viss tid til å områ seg. Ordinært bør det i tilsvarende situasjoner kunne forsettes at skadelidte benytter seg av dette tilbudet, men på den annen side gjør det seg spesielle hensyn gjeldende i forhold til eldre arbeidstakere. Dette har også kommet til uttrykk i lovreglene om ytelser til arbeidsløse.

Den konkrete fastsettelsen av erstatningsbeløpet forutsettes foretatt av Arbeids- og velferdsdirektoratet etter følgende retningslinjer:

- Erstatningsbeløpet utmåles på grunnlag av arbeidsinntekten i den stilling som A hadde i B, men da med det inntektsnivå som var aktuelt på det tidspunkt erstatningskravet ble satt fram.
- Lønn beregnes for tiden fra hun fratradte sin stilling til og med den måned da hun fyller 67 år.
- Dersom situasjonen var slik at fortsatt arbeid ville ha ført til at vilkårene for AFP ble oppfylt, bør imidlertid erstatningen beregnes på grunnlag av AFP fra dette tidspunkt.
- Det gjøres fradrag for det beløp som tidligere er utbetalt i erstatning, inkludert renter for tiden etter erstatningskravets framsettelse.
- Det gjøres fradrag for offentlige ytelser til livsopphold som A har mottatt fram til oppgjørstidspunktet.
- Det beregnes forsinkelsesrenter av det netto-beløp som framkommer etter retningslinjene ovenfor fra en måned etter erstatningskravets framsettelse.»

Etter dette ble saken avsluttet her.

**Kontroll av kommunikasjon med advokat i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – prøveløslatelse – innsyn**  
(Sak 2005/1027)  
Nr. 42 (s. 167-177)

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) kom tilbake til saken i brev 23. januar 2007 og opplyste at min uttalelse var tatt til etterretning. Det fremgikk at KSF hadde merket seg uttalelsen om at det kunne se ut som spørsmålet om partsinnsyn ikke var behandlet tilstrekkelig grundig i første omgang, og at KSF ble bedt om å merke seg det for fremtidige saker. KSF opplyste at håndteringen av saker der straffegjennomføringsloven § 7 c er benyttet, ville bli tatt opp med regionene i kriminalomsorgen på generelt grunnlag.

I forhold til min anmodning om at KSF på nytt vurderte spørsmålet om å gi innsyn i de opplysningene som var unntatt partsinnsyn i Oslo fengselsbrev 26. april 2004 og Ringerike fengselsbrev 25. april 2005, ble det opplyst at KSF etter en fornyet vurdering fant at det fortsatt var grunnlag for å unnta en setning i det aktuelle avsnittet i det førstnevnte brevet, ettersom det ble ansett utilrådelig ut fra sikkerhetsmessige hensyn å gi A innsyn i dette. For øvrig fremgikk det at KSF etter en fornyet vurdering ikke lenger fant grunnlag for å unnta de øvrige opplysningene fra partsinnsyn i medhold av straffegjennomføringsloven § 7 c. Det fremgikk at KSF hadde oversendt kopi av en ny sladdet utgave av det aktuelle brevet til As advokat, der bare en setning var unntatt innsyn.

Når det gjaldt Ringerike fengselsbrev 25. april 2005, opplyste KSF at det etter fornyet vurdering ikke lenger ble ansett å foreligge grunnlag for å unnta de aktuelle opplysningene fra partsinnsyn etter straffegjennomføringsloven § 7 c. Det fremgikk at en kopi av dette brevet i usladdet versjon var sendt til advokaten.

I forhold til spørsmålet om å gi advokaten innsyn i dokumenter under pålegg om taushetsplikt, viste KSF til at det ikke kunne sees å være anmodet om dette fra advokatens side, men at det ville bli vurdert dersom en slik anmodning senere skulle bli fremsatt. Advokaten fremsatte deretter en slik anmodning, hvoretter KSF ga innsyn i de aktuelle opplysningene under pålegg om taushetsplikt, likevel slik at navn på andre innsatte var fjernet.

As advokat henvendte seg på nytt hit i brev 10. mars 2007. I brevet ba han om en fornyet vurdering av avslagene på innsyn for sin klient i Oslo fengselsbrev 26. april 2004 og Ringerike fengselsnotat 23. februar 2005. Det fremgikk av et av vedleggene til advokatens brev at han samme dag hadde klaget til KSF over avslagene på slikt innsyn. Etter telefonhenvendelser herfra til KSF ble det opplyst at saken fortsatt var til behandling og at den ville kunne ut i

et vedtak fra Kongen i statsråd. Under henvisning til ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd bokstav b kunne innsynsspørsmålet ikke lenger behandles av ombudsmannen.

Advokaten tok i ovennevnte brev også opp enkelte rettsikkerhetsmessige problemstillinger knyttet til informasjonsflyten mellom politiet og kriminalomsorgen, og bruken av politiopplysninger som grunnlag for avgjørelser i kriminalomsorgen. I sitt svar til advokaten uttalte ombudsmannen at dette var et spørsmål som han også hadde merket seg ved behandlingen av andre saker, og som det ville bli vurdert å ta opp på generelt grunnlag med kriminalomsorgen.

**Fastsetting av tilleggstid i botiden ved søknad om norsk statsborgerskap – betydningen av fellesdommer og deldommer**

(Sak 2005/1856)

Nr. 49 (s. 193-198)

Departementet kom tilbake til saken i brev 27. februar 2007 og opplyste at uttalelsen var oversendt til Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda. I oversendelsesbrevet til direktoratet og nemnda ga departementet uttrykk for at det var enig i mitt syn på betydningen av fellesdommer ved fastsetting av tilleggstid på grunn av straffbare forhold ved søknad om statsborgerskap, jf. statsborgerrettsloven 8. desember 1950 nr. 3. Departementet ga videre uttrykk for at det samme synet måtte gjelde ved beregningen av karenstid etter statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51.

I forhold til praksisen knyttet til beregning av tilleggstid og karenstid ved dommer som består av flere reaksjoner (deldommer), opplyste departementet at det ville vurdere om det var grunn til å foreta endringer i statsborgerforskriften 30. juni 2006 nr. 756. Det het videre at et eventuelt forslag ville bli sendt ut på høring.

Jeg ga i brev 5. mars 2007 til departementet uttrykk for at jeg hadde merket meg departementets syn og den varslede gjennomgangen av forskriften. Departementet ble bedt om å holde ombudsmannen orientert om den videre oppfølgingen.

**Saksbehandling forut for etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift – granskning etter forvaltningsloven § 15**

(Sak 2005/1900)

Nr. 59 (s. 234-238)

Klagenemnda for merverdiavgift vurderte saken på nytt i lys av min uttalelse og en etterfølgende korrespondanse mellom klageren og avgiftsmyndighetene, og stadfestet det tidligere vedtaket i saken. Klagenemndas nye vurdering ble tatt til etterretning. Behandlingen av saken ble deretter avsluttet her.

**Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98**

(Sak 2004/2652)

Nr. 60 (s. 238-242)

Finansdepartementet kommenterte min uttalelse i et brev 27. mars 2007 hit.

«Sivilombudsmannen la i sin uttalelse 31. mai 2006 til grunn at lovendringen som førte til at det ble lagt merverdiavgift på omsetning av advokattjenester knyttet til sakførsel for domstolene, ikke er grunnlovsstridig. Etter ombudsmannens syn harmonerer lovendringen likevel mindre godt med de hensyn som lå bak vedtakelsen av Grunnloven § 98. Ombudsmannen stiller på denne bakgrunn spørsmål ved om man står overfor en «mangel» ved lovgivningen og den forvaltningspraksis vi har om merverdiavgift på advokattjenester, jf. ombudsmannsloven § 11. Ombudsmannen viser til at departementet har mulighet til å fremme forslag om endringer i merverdiavgiftsloven eller i forskrifter til denne.

Finansdepartementet har merket seg ombudsmannens syn om at avgiftsbelegging av advokattjenester i tilknytning til rettspleien harmonerer mindre godt med de hensyn som lå bak vedtakelsen av Grunnloven § 98. Departementet er enig med ombudsmannen i at det generelt høye kostnadsnivået knyttet til rettergang kan svekke individets muligheter og adgang til en effektiv bruk av domstolene. Som ombudsmannen er inne på, skyldes dette flere forhold, hvorav advokatens ressursbruk og timepriser står sentralt. Innføringen av merverdiavgift på advokattjenester må erkjennes å ha fordyret private parters bruk av domstolene ytterligere. Man kan si at avgiftsbelastningen gjør en dyr og viktig tjeneste enda dyrere.

Dette er imidlertid ikke nødvendigvis noe godt argument for avgiftsfritak. Avgiften utgjør en femdel av samlet pris, og bestemmes av de faktorer som utgjør de fire første femdelene av prisen. Avgiftssystemets avlastning for advokatens inngående avgift gjennom fradragsrett bidrar dessuten til å redusere disse fire første femdelene noe. Uten avgiftsplikt for advokatene ville deres (da ikke fradragsberettigede, inngående avgift) bli belastet klientene i stedet. For prosesskostnader er systemet for øvrig slik at den vinende part (som i utgangspunktet hadde størst grunn til å initiere domstolsbehandling og advokatkostnader ved det) ofte blir kompensert for sine kostnader gjennom tilkjenning av saksomkostninger fra den tapende part. At det er ekstra dyrt å tape en privat rettssak, har selvsagt sine negative sider. Men det er en del av den vurdering om prosessrisiko som enhver part i en rettslig tvist må foreta før det evt. ender med rettssak. Vi har ikke noe grunnlag for å anta at spørsmålet om avgiftspåslag eller ei på advokatsalærene blir utslagsgivende for slike vurderinger av prosessrisiko i et større antall tilfeller.

Departementet ser ikke god nok grunn til å foreslå endringer i lovverket som medfører at advokattjenester, som ytes i forbindelse med sakførsel for domstolene, unntas fra merverdiavgiftsplikt, eller at det lempes på plikten til å betale merverdiavgift, for eksempel ved at det settes en lavere avgiftssats enn det som er vanlig. Ved denne vurderingen legger departementet

særlig vekt på at merverdiavgiften i utgangspunktet er en generell forbruksavgift. Også advokattjenester i private rettssaker er forbruk (til sikring av juridiske rettigheter m.v.), på samme måte som tjenester til fysisk sikring, sakkyndiges tjenester m.v. Inntektene fra merverdiavgiften bidrar i stor grad til å finansiere offentlig virksomhet og således også eksempelvis domstolsapparatet. Advokattjenester er avgiftspliktige i de fleste EU-land, og et unntak for merverdiavgift på domstolsrelaterte advokattjenester ville medføre meget vanskelige avgrensingsproblemer. Det vises til den vurdering departementet gjorde av disse spørsmål i forbindelse med merverdiavgiftsreformen 2001 (Ot.prp. nr. 2 (2000-2001) side 85-86), jf. ombudsmannens uttalelse side 8.

Forholdet til Grunnloven var ikke eksplisitt fremme ved stortingsbehandlingen av den nye avgiftsplikten for advokater. Men Stortinget har vurdert det slik at de fordyrelser av advokattjenestene som avgiftsplikten ville medføre, kunne anses akseptable ut fra hensynet til borgerne og deres behov for rettergang og advokattjenester til det formål. Denne politiske vurdering må være tilstrekkelig til å si at de konstitusjonelle hensyn i saken er ivarettatt. Motivene bak Grunnloven § 98 må for øvrig ses i lys av datidens uvilje mot at borgerne skulle bli utsatt for både sportler og statskasseavgift ved bruk av domstolene. Motivene fra 1814 har etter vårt syn liten overføringsverdi på utformingen av den alminnelige forbruksbeskatning i dagens Norge. De underliggende hensyn om å holde borgernes kostnader til rettssaker på et akseptabelt nivå, må i dag kunne ivaretas på fritt politisk grunnlag, med de virkemidler som anses egnede i dagens situasjon.

I saker av stor velferdsmessig eller personlig betydning vil de som har særlig svak økonomisk evne til å dekke utgiftene til juridisk bistand, kunne få hjelp gjennom rettshjelpsordningen. Denne ordningen ble også styrket ved innføringen av avgiftsplikten på advokattjenester i 2001. Ordningen med fri rettshjelp gjelder imidlertid ikke alle typer saker, og i mange sakstyper er fri rettshjelp forbeholdt dem som har formue og inntekt under bestemte grenser. Myndighetene har derfor vurdert det som nødvendig også å trefte andre, mer generelle tiltak for å redusere kostnadene ved å føre en rettssak. Et sentralt formål med den nye tvisteloven, som trer i kraft 1. januar 2008, er å etablere prosessregler som alt i alt vil gjøre domstolsbehandlingen av en sivil sak mindre kostbar. Målet om at prosessen skal ha et forsvarlig kostnadsnivå er blant annet kommet til uttrykk i tvisteloven § 1-1 annet ledd, der det fremgår at saksbehandlingen og kostnadene skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning. De nye reglene om småkravsprosess legger dessuten sterke bindinger på omkostningsansvaret. Dette anser vi som vesentlig bedre tiltak enn å lempe på avgiftsplikten. Reduserte advokatkostnader vil i seg selv også redusere avgiftsbelastningen. På lengre sikt bør økt konkurranse blant tilbyderne av advokattjenester kunne bidra til et mer nøkternt kostnadsnivå i private rettssaker.»

Jeg skrev deretter til Finansdepartementet 17. april 2007:

«Jeg takker for Finansdepartementets redegjørelse i svarbrevet hit 27. mars 2007 og har notert meg at Finansdepartementet ikke ser god nok

grunn til å foreslå endringer i lovverket eller gjennomføre administrative tiltak som kunne bidra til å redusere avgiftene forbundet med de tjenester advokatene yter i forbindelse med rettspleien. Jeg finner imidlertid grunn til å understreke betydningen blant annet dette får for at det foreligger adekvate rettshjelpsordninger, særlig i saker av stor velferdsmessig eller personlig betydning for den enkelte. En kopi av dette brev er derfor sendt Justis- og politidepartementet til orientering sammen med en kopi av min uttalelse 31. mai 2006.»

Min behandling av saken ble etter dette avsluttet her.

#### **Etterberegning av investeringsavgift og illeggelse av tilleggsavgift**

(Sak 2005/581)

Nr. 61 (s. 242-247)

På bakgrunn av min uttalelse behandlet Klagenemnda for merverdiavgift saken på nytt og vedtok å frafalle tilleggsavgiften. Behandlingen av klagen ble etter dette avsluttet her.

#### **Dispensasjon fra vernebestemmelser i naturreservat**

(Sak 2005/1180 og 2007/528)

Nr. 67 (s. 262-265)

På bakgrunn av min uttalelse behandlet Direktoratet for naturforvaltning saken på nytt. Direktoratet fant ikke grunnlag for å endre tidligere vedtak 2. juni 2005 der direktoratet stadfestet fylkesmannens vedtak om dispensasjon fra vernebestemmelser for bygging av basestasjon i Lian naturreservat.

Direktoratet la i sin fornyede vurdering bl.a. til grunn at det ikke forelå omgjøringsadgang, og det ble derfor ikke funnet riktig å be tiltakshaveren om å foreta ytterligere undersøkelser om mulighetene for alternativ plassering. Det ble videre konkludert med at argumentene for omgjøring ikke var vesentlig mer tungtveiende enn argumentene mot.

Jeg forela deretter saken for Miljøverndepartementet, som i brev hit la til grunn at direktoratets vedtak ikke kunne anses som ugyldig, selv om begrunnelsen for vedtaket syntes noe mangelfull. Det ble anført at denne saksbehandlingsfeilen ikke hadde virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Departementet fremholdt at mulighetene for alternativ plassering til en viss grad ble vurdert av direktoratet i forbindelse med klagebehandlingen, at en slik passering ville kunne bli mindre aktuelt pga. negative konsekvenser i forbindelse med en eventuell flytting og at en allerede oppført mast etter all sannsynlighet ikke vil påvirke det biologiske mangfoldet negativt. Departementet hadde ingen merknader til direktoratets vernefaglige vurdering.

Jeg fant deretter å kunne la saken bero med den vurdering departementet hadde foretatt.

**Usaklig forskjellsbehandling i regulerings sak**(Sak 2005/1337)  
Nr. 68 (s. 265-267)

Fylkesmannen opplyste i senere brev hit at han tok min uttalelse til etterretning og at han ville legge ombudsmannens syn på spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling til grunn. Fylkesmannen opphevet derfor Nord-Fron kommunestyres reguleringsvedtak som «delvis ugyldig». Videre ba fylkesmannen kommunen om å behandle planen på nytt.

**Uriktig anvendelse av regler for utnyttingsgrad i reguleringsplan**(Sak 2005/777)  
Nr. 69 (s. 267-274)

På bakgrunn av min uttalelse behandlet Fylkesmannen i Sør-Trøndelag saken på nytt. Fylkesmannen forela saken med en rekke spørsmål for Trondheim kommune. Etter en ny vurdering, som var utførlig begrunnet, valgte fylkesmannen å fastholde sitt opprinnelige vedtak. I denne forbindelse uttalte fylkesmannen bl.a.:

«Etter en gjennomgang av saken og i lys av ytterligere informasjon fra kommunen om saksgangen har Fylkesmannen kommet til at de besluttende organer i Trondheim kommune var klar over omfanget av utbyggingen da de ga innstillinger og til sist vedtok reguleringsplan for Rosenborg. Vi finner ikke at den begåtte saksbehandlingsfeilen knyttet til feil bruk av definisjon kan ha virket inn på innholdet i bystyrets vedtak. Reguleringsvedtaket er etter Fylkesmannens syn ikke ugyldig på dette grunnlag.»

Jeg uttalte etter dette at det etter mitt skjønn ikke kunne utelukkes at feilen som var begått, hadde virket inn på vedtakets innhold. Fylkesmannens nye vurdering måtte imidlertid tas til etterretning. Slik saken lå an, særlig med tanke på berørte tredjemenn, ble det ikke funnet grunn til å gå videre med saken. I denne vurderingen ble det også lagt vekt på tidsforløpet siden reguleringsplanen ble gitt og at bebyggelsen i stor grad allerede var oppført. Fylkesmannen ble bedt om for fremtiden å merke seg de synspunktene jeg hadde gitt uttrykk for i uttalelsen.

**Bruksendring av campingplass – vilkår og saksbehandling**(Sak 2005/1564)  
Nr. 75 (s. 300-304)

Fylkesmannen behandlet saken på nytt og la til grunn at en campingplass i seg selv ikke kan anses som et «anlegg» i plan- og bygningslovens forstand. Han vurderte kommunens vedtak i forhold til lovens § 85 og kommunens vedtekt 27. juni 1991, og konkluderte med at vedtakene manglet tilstrekkelig hjemmel. Han opprettholdt dermed sin tidligere konklusjon om at kommunens vedtak var ugyldige og

måtte oppheves, men kom denne gang til at saken måtte henvises til kommunen for videre behandling. Fylkesmannen skrev blant annet dette om den nye behandlingen:

*«6.1 Ny behandling av søknaden*

I forbindelse med den nye behandlingen må det avklares om søknaden av 27. februar 1995 fortsatt har aktualitet for noen av campingvognene som er oppstilt på plassen. Fylkesmannen antar i denne forbindelse at søknaden, innenfor rammen av pbl. § 85, kun kan anses å gjelde de campingvogner og bobiler som enten stod på plassen på søknadstidspunktet eller som skulle plasseres der sommeren 1995. Campingvogner og bobiler som ble plassert på et senere tidspunkt, eller som etter dette har vært flyttet fra stedet, men senere blitt plassert der igjen kan neppe anses å være omfattet av søknaden. I den grad det på plassen fortsatt er plassert noen konstruksjon som med rimelighet kan anses omfattet av søknaden forutsetter dette at konstruksjonen har vært plassert samme sted i minst 12 år. Kommunen må i så fall vurdere om ikke disse konstruksjonene har antatt en så langvarig plassering at de faller utenfor rammen av pbl. § 85 andre ledd. Det vises i denne forbindelse til KRDs rundskriv H-09/05 pkt. 4.

*6.2 Krav om søknad i medhold av pbl. § 93*

Dersom noen av konstruksjonene har vært plassert utover rammen av pbl. § 85 andre ledd må kommunen i medhold av pbl. § 10-1 vurdere om det må kreves ordinær søknad etter pbl. § 93. Fylkesmannen vil i denne forbindelse opplyse at det ut fra vårt ståsted fremstår som noe usikkert når en campingvogn som fortsatt må anses transportabel i pbl. § 85 sin forstand er å anse som varig ved plassering på campingplass. Det vises her til det som fremgår av departementets rundskriv H-09/05 pkt. 4.1 og 4.2 sett i sammenheng med pkt. 5.»

**Klage på gebyr – «Gjenopptakelse» av «henlagt» byggesak**(Sak 2006/568)  
Nr. 77 (s. 308-309)

På bakgrunn av min uttalelse tok Oslo kommune opp byggesaken til behandling uten ileggelse av gebyr. Kommunen fant at det var grunnlag for å utstede ferdigattest.

**Klagerett på avgjørelse fattet av Statskog etter seterforskriften**(Sak 2005/922)  
Nr. 80 (s. 315-320)

På bakgrunn av min uttalelse behandlet Statens landbruksforvaltning (SLF) klagen på nytt. SLF innrømmet klagerett på Statskogs avgjørelse og tok saken opp til behandling.

I brev fra Landbruks- og matdepartementet 8. oktober 2007 ble det opplyst at departementet hadde tatt hensyn til uttalelsen i forbindelse med at seterforskriften ble endret 27. mars 2007. Departementet anførte blant annet:

«Dette kommer bl.a. frem ved at uttrykket «vedtak» ikke ble endret ved endringsforskrift av 27. mars 2007 nr. 358. Departementets tidligere syn på § 3, slik det kom til uttrykk i forslaget som ble sendt på høring, er heller ikke opprettholdt i merknadene til bestemmelsen i rundskriv M-3/2007 om forskrift om seter og tilleggsjord m.m. i statsallmenningane. Videre er § 25 endret, slik at bestemmelsen ikke lenger viser til enkeltvedtak etter bestemte hjemler i forskriften, men enkeltvedtak i sin alminnelighet.»

**Varig fritak fra boplikt - spørsmål om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1, eller anses som «jord- og skogbrukseiendom», jf. konsesjonsloven § 5**

(Sak 2004/2672)

Nr. 82 (s. 322-327)

Jeg uttalte at det var tvilsomt om eiendommen kunne anses som en odelseiendom eller som en jord- og skogbrukseiendom etter konsesjonsloven § 5. Fylkeslandbruksstyret ble derfor bedt om å behandle saken på nytt. Fylkeslandbruksstyret ble gjort oppmerksom på at de generelle spørsmål saken reiser om forholdet mellom odelsloven og konsesjonsloven, ville bli tatt opp med Landbruks- og matdepartementet. Fornyet behandling ble derfor stilt i bero. Landbruks- og matdepartementet ga i sitt svar på min generelle henvendelse uttrykk for at tolkningen av konsesjonsloven § 5 annet ledd og odelsloven § 1 bør harmoniseres, og at det ikke skal være forskjellige terskler for når boplikt oppstår. Se ombudsmannssak 06/2208 (inntatt i kap. IV som sak nr. 97). Under henvisning til departementets vurdering og til at fylkeslandbruksstyret hadde kommet til at eiendommen ikke lenger kunne anses som odlingsjord, la fylkeslandbruksstyret til grunn at eiendommen ikke lenger kunne regnes som jord- og skogbrukseiendom som var underlagt lovbestemt boplikt etter konsesjonsloven § 5 andre ledd.

## Emne- og stikkordregister<sup>1</sup>

### Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningsskikk

enkelvedtak	
beslutning om ikke å kreve konsesjon etter forurensningsloven .....	389
pålegg om tinglysing av rådighetsbegrensning .....	395
vedtak om dispensasjon fra kommuneplan .....	311
foreløpig svar .....	158, 279
forhåndsvarsel .....	134
habilitet	
for medlem i Norges Råfisklags styre ...	128
for medlemmer av bedømmelseskomité .....	134
for medlem av det faste utvalg for plansaker i en kommune .....	327
for medlem av plan- og ressursutvalg i en kommune .....	367
informasjon om forventet saksbehandlingstid .....	279
klagebehandling	
underretning om vedtak .....	34
grenser for klageinstansens kompetanse .....	34
klageinstansens prøvingsadgang .....	354
kontradiksjon .....	134
legalitetsprinsippet .....	395
omgjøring .....	296
overordnet forvaltningsorgans kontroll .....	128
rettskraft .....	296
saksbehandling .....	311
sakens opplysning .....	104, 134, 164
saksbehandlingssrutiner ved Aetats pålegg om jobbsøkeraktivitet .....	145
tilsettingssaker, skriftlig nedtegning fra intervju .....	89
veiledningsplikt .....	149
varsling .....	311
saksbehandlingstid	
sen saksbehandling .....	158, 279
i klagesak .....	34
sakskostnader .....	272
«siloordning»-køsystem for fordeling til saksbehandlere .....	279

ugyldighet .....	327
virkningstidspunktet for enkeltvedtak .....	156
<b>Arbeids- og tjenesteforhold</b>	
adgang til bierverv for helsepersonell .....	95
arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt .....	110
tilrettevisning .....	104
<b>Autorisasjon</b>	
for helsepersonell .....	116
<b>Avgifter og gebyrer</b>	
arbeidsgiveravgift	
ettergivelse .....	267
forsinkelsesgebyrer etter regnskapsloven	
ettergivelse .....	239
merverdiavgift	
endring av praksis med å frafalle foreldelsesinnsigelse .....	262
toll	
foreldelse .....	256
vann- og kloakkavgift .....	409
<b>Barnebidrag, se Underholdsbidrag</b>	
<b>Barnevern</b>	
anonym bekymringsmelding .....	178
saksbehandlingen av midlertidige vedtak i fylkesnemndene for sosiale saker .....	176
privat plassering	
status som fosterhjem .....	180
<b>Bolig- og husleieforhold</b>	
kommunal bolig	
prioritering .....	154
saksbehandling .....	154
venteliste .....	154
<b>Bo- og driveplikt, se også Konsesjon</b>	
fritak for boplikt	
etter konsesjonsloven, tolking av begrepet jord- og skogbrukseiendom .....	376, 379
etter odelsloven, fritaksvurderingen .....	384
boplikt etter odelslov og konsesjonslov – spørsmål om harmonisering .....	371
<b>Bygge- og plansaker</b>	
bruksendring	
utgangspunktet for dispensasjonsvurderingen .....	292

<sup>1</sup> Register over saker referert i meldingen for 1963-1977 og 1978-2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1997, Dok. nr. 4 (1977-78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003-2004) s. 308. Fra og med ombudsmannens melding for 2004, Dok. nr. 4 (2004-2005) er det laget årlige emne- og stikkordregistre.

byggetillatelse		rutiner for svar på henvendelser og foreløpig svar ved sykehus .....	158
utgangspunkt for frist for bortfall .....	287	tildeling av driftstilskudd for fysioterapi ved et institutt .....	119
dispensasjon		til et selskap .....	123
avstand til byggegrense .....	327	tilsynssak eller rettighetssak .....	164
betydningen av likebehandlingshensynet .....	314	vederlag for opphold på sykehjem renter ved tilbakebetaling .....	169
for oppføring av brygge og trapper .....	299	<b>Innsyn, se Offentlighet i forvaltningen</b>	
for riving og gjenoppbygging av fritidsbolig .....	296	<b>Klage, se Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningskikk</b>	
manglende varsling av berørte fagmyndigheter i fradelingssak .....	320	<b>Konsesjon, se også Bo- og driveplikt</b>	
manglende vurdering av særlige grunner .....	314	boplikt etter odelslov og konsesjonslov	
forholdet til sektormyndighet .....	337	- spørsmål om harmonisering .....	371
gebyr		jord- og skogbrukseiendom .....	379
selvkostprinsippet .....	348	<b>Kriminalomsorg</b>	
gesimshøyde .....	327	dublerte celler .....	207
plan- og deleforbud .....	302	flermannsrom .....	207
reguleringsplan		forebygging av selvdrap og selvbeskadigelse i fengsel .....	197
beregning av utnyttingsgrad .....	323	INFOFLYT .....	45, 191
konsekvensen for barn og unge .....	351	overføring	
konsekvensutredning .....	354	til overgangsbolig .....	191
mindre vesentlige endringer .....	327	av forvaringsdømt .....	204
rettsgrunnlag ved realitetsbehandling, reguleringsplikt .....	302	partsinnsyn for innsatt i fengsel .....	34
tolking av støyskjermingsbestemmelse .	364	permisjon .....	187, 191
saksbehandling		urinprøvekontroll .....	212
sen saksbehandling og andre saksbehandlingsspørsmål, Oslo kommune .....	279	utelukkelse fra fellesskapet .....	194
tretelt, søknadsplikt .....	302	<b>Landbruk, se Bo- og driveplikt og Konsesjon</b>	
tvangsmulkt nedsettelse/ettergivelse .....	349	<b>Ligning, se Skatt og ligning</b>	
<b>Dyrevern</b>		<b>Menneskerettigheter</b>	
avlivning .....	407	eiendomsskatt, fritidsbolig .....	236
<b>Fengselsforhold, se Kriminalomsorg</b>		for funksjonshemmede .....	141
<b>Folkeregistrering</b>		rettferdig rettergang .....	189
flytting fra Svalbard .....	185	<b>Merverdiavgift, se Avgifter og gebyr</b>	
<b>Foreldelse</b>		<b>Miljørettet helsevern</b>	
endring av praksis med å frafalle foreldelsesinnsigelse på merverdiavgiftens område .....	262	kommunelegens hjemmel til å forby boliger i nedslagsfelt for drikkevann .	333
toll .....	256	<b>Navn</b>	
<b>Forurensning</b>		endring av navn på barn når det pågår sak om foreldreansvar .....	184
forsøplingsforbudet .....	402	<b>Offentlighet i forvaltningen</b>	
pålegg om tinglysing av rådighetsbegrensning .....	395	innsyn	
tvangsmulkt etter forurensningsloven .....	402	forretningshemmeligheter .....	36
<b>Gebyr, se Avgifter og gebyrer</b>		i brev fra PST til Justisdepartementet .....	38
<b>God forvaltningskikk, se Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningskikk</b>		i beslaglagte dokumenter .....	56
<b>Helsepersonell</b>		i budsjettsaker .....	54
adgang til bierverv for helsepersonell .....	95	i dokumenter om advokathonorar .....	40
autorisasjon .....	116	individualiseringskravet .....	51
klage på helsepersonell .....	159	INFOFLYT .....	45
<b>Helsevesen</b>		interne dokumenter .....	57
psykisk helsevern		i miljøinformasjon .....	53
kontrollkommissjonens veiledningsplikt .	166	i rapport fra underordnet organ .....	60
refusjon av behandlingsutgifter .....	172	i årsrapport fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll .....	41
retting/sletting av journalopplysninger .....	159	taushetsplikt for næringsopplysninger .....	48
		utsatt offentlighet .....	57
		lovens virkeområde	
		dokumenter om betaling for advokat-tjenester .....	40

meroffentlighet			
brev fra PST om forslag til endringer			
i utlendingsloven .....	38		
møteoffentlighet .....	65		
i folkevalgte kommunale organer .....	64		
reglementsbestemmelser om lukkede			
dører .....	62		
partsinnsyn			
for innsatt i fengsel .....	34		
saksbehandlingen .....	32, 51		
saksbehandlingstid .....	32		
saksbehandlingstid i klagesak .....	34, 57		
saksliste til formannskapsmøte .....	65		
<b>Plansaker, se Bygge- og plansaker</b>			
<b>Politi og påtalemyndighet</b>			
soningsinnkalling			
ventetid .....	189		
<b>Psykisk helsevern, se Helsevesen</b>			
<b>Reindrif</b>			
stenging av flyttelei			
kompetansespørsmål .....	337		
<b>Sakskostnader</b>			
endring «til gunst» for en part .....	272		
<b>Skatt og ligning</b>			
eiendomsskatt			
fritidsbolig .....	236		
god ligningsforvaltningsskikk			
bruken av bokettersynsrevisor			
til å utarbeide utkast			
til ligningsnemnd i endringssaker .....	243		
habilitet			
bruken av bokettersynsrevisor til å			
utarbeide utkast			
til ligningsnemnd i endringssaker .....	243		
innhenting av opplysninger .....	251		
skattefunn			
tilbakebetalingskrav, <i>condictio indebiti</i> .	409		
<b>Skole og universitet, se Utdanning</b>			
<b>Sosiale tjenester</b>			
hjelpetiltak			
søknad om institusjonsplass fra			
rusmisbruker .....	172		
<b>Studiefinansiering, se Utdanningsstøtte</b>			
<b>Tilrettevisning, se Arbeids- og tjenesteforhold</b>			
<b>Tilsetting</b>			
fortrinnsrett			
kravet til plettfriandel .....	92		
personlige forutsetninger for å være			
kvalifisert .....	89		
overtallig arbeidstaker .....	86		
kunngjøring			
utlysningstekstens betydning .....	69		
kvalifikasjonsvurderingen			
betydning av sykefravær .....	82		
lovfestede kompetansekrav .....	69		
personlig opprykk etter kompetanse .....	85		
myndighet til å foreta tilsetting			
delegasjon .....	74		
rettslig grunnlag for vurderingene til			
sakkyndig utvalg .....	85		
saksbehandlingen			
intervju, manglende skriftlig referat .....	89		
manglende intervju .....	71		
mangler ved den sakkyndige			
komiteens vurdering .....	77		
sakens opplysning .....	69, 110		
skriftlig begrunnelse .....	67		
stansing av tilsettingsprosess .....	80		
tilsettingsvedtaket			
personlige forutsetninger for å være			
kvalifisert .....	89		
<b>Tjenesteforhold, se Arbeids- og tjenesteforhold</b>			
<b>Trygd og sysselsetting</b>			
bortfall av ventestønad .....	145		
saksbehandling ved Hjelpemiddelsentralen	141		
ytelser ved arbeidsløshet .....	145		
<b>Underholdsbidrag</b>			
skjønnsfastsetting når bidragspliktige er			
lønnsmottaker			
i selskap som han eier aksjer i .....	152		
<b>Utdanning</b>			
karaktersaker/evaluering			
studentenes adgang til å legge ved			
begrunnelsen			
for klagen til de nye sensorene .....	132		
<b>Utdanningsstøtte</b>			
språkstipend .....	140		
<b>Utlendingssaker</b>			
familiegjenforening .....	219, 224, 228		
identitetsendring .....	230		
saksbehandling .....	216, 224		
<b>Ytringsfrihet</b>			
for offentlig tilsatte .....	107, 110		



## Lovregister<sup>1</sup>

### 1. Lover

17.5.1814 Grunnloven		28.6.1974 nr. 58 odelslova	
§ 100 .....	107, 110	§ 2 .....	371
§ 105 .....	236	§ 4 .....	371
22.4.1927 nr. 3 vergemålsloven		§ 23 .....	371
§ 28 .....	74	§ 27 .....	371
7.6.1935 nr. 2 tinglysingsloven		§ 27 a .....	371, 384
§ 12 .....	395	20.12.1974 nr. 73 dyrevernova	
§ 13 .....	395	§ 26 .....	407
14.12.1951 nr. 3 råfiskloven		6.6.1975 nr. 29 eidegdomsskattelova	
§ 3 .....	128	§ 3 .....	236
21.11.1952 nr. 2 skattebetalingsloven		9.6.1978 nr. 49 reindrifftsloven	
§ 41 .....	267	§ 10 nr. 4 .....	337
10.6.1966 nr. 5 tolloven		13.6.1980 nr. 24 ligningsloven	
§ 58 annet ledd .....	256	§ 3-8 .....	243
10.2.1967 forvaltningsloven		§ 4-8 .....	251
§ 2 første ledd bokstav b .....	389, 395	13.3.1981 nr. 6 forurensningsloven	
§ 2 første ledd bokstav c .....	395	§ 7 .....	395
§ 6 .....	128, 327, 367	§ 28 .....	402
§ 8 .....	134	22.5.1981 nr. 25 straffeprosessloven	
§ 11 .....	149, 166	§ 203 .....	56
§ 11 a .....	158, 187, 216, 279	§ 452 første ledd .....	189
§ 11 d .....	279	§ 455 annet ledd .....	189
§ 13 første ledd nr. 2 .....	48	19.11.1982 nr. 66 kommunehelsetjenesteloven	
§ 16 .....	134	§ 2-3 .....	169
§ 17 .....	69, 71, 77, 104, 110, 134	§ 4 a .....	333
§ 18 .....	34	§ 4-2 .....	119, 123
§ 27 .....	34	4.3.1983 nr. 3 tjenestemannsloven	
§ 29 .....	311	§ 5 .....	92
§ 34 .....	314, 354	§ 10 .....	80
§ 35 .....	396	§ 13 .....	86
§ 36 .....	272	§ 14 .....	104
§ 41 .....	311	8.6.1984 nr. 59 dekningsloven	
19.6.1970 nr. 69 offentlighetsloven		§ 2-3 .....	267
§ 1 .....	40, 56	§ 2-7 .....	267
§ 2 .....	38, 51, 65	14.6.1985 nr. 77 plan- og bygningsloven	
§ 4 .....	57	§ 2 tredje ledd .....	351
§ 5 .....	38, 57, 60	§ 7 .....	296, 299, 302, 314, 320, 327
§ 5 a .....	41	§ 27-1 .....	327
§ 6 første ledd nr. 7 .....	54	§ 27-2 .....	327
§ 9 .....	32, 34	§ 28-1 .....	327
31.5.1974 nr. 17 vass- og kloakkavgiftslova		§ 31 .....	323
§ 3 .....	409	§ 33 .....	302
		§ 33-2 .....	354
		§ 70 .....	327
		§ 86 a .....	302

<sup>1</sup> Lovregister over saker referert i meldingen for 1963-1977 og 1978-2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1997, Dok. nr. 4 (1977-78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003-2004) s. 308. Fra og med ombudsmannens melding for 2004, Dok. nr. 4 (2004-2005), er det laget årlige lovregistre.

§ 93 .....	292, 302	28.11.2003 nr. 98 konsesjonsloven	
§ 95 .....	337	§ 5 .....	371, 376, 379
§ 96 .....	287	1.4.2005 nr. 15 universitetsloven	
§ 109 .....	348	§ 5-3 .....	132
§ 116 a .....	349	17.6.2005 nr. 62 arbeidsmiljøloven	
§ 116 b .....	349	§ 14-2 første ledd .....	89
24.6.1988 nr. 64 utlendingsloven		§ 14-3 .....	82
§ 9 .....	219, 228		
4.7.1991 nr. 47 ekteskapsloven			
§ 38 .....	267		
§ 40 .....	267		
13.12.1991 nr. 81 sosialtjenesteloven			
§ 6-1 .....	172		
17.7.1992 nr. 100 barnevernloven			
§ 4-2 .....	178		
§ 4-7 .....	180		
§ 6-1 annet ledd .....	180		
§ 7-2 bokstav g .....	176		
25.9.1992 nr. 107 kommuneloven			
§ 31 nr. 1 .....	64		
§ 31 nr. 5 .....	62		
§ 32 .....	65		
4.12.1992 nr. 132 legemiddeloven			
§ 30 .....	48		
12.5.1995 nr. 22 universitetsloven			
§ 30 .....	77, 85		
4.8.1995 nr. 53 politiloven			
§ 24 .....	41		
28.2.1997 nr. 19 folketrygdloven			
§ 4-5 .....	145		
§ 10-7 bokstav h .....	141		
17.7.1998 nr. 56 regnskapsloven			
§ 8-3 .....	239		
17.7.1998 nr. 61 opplæringslova			
§ 9-1 .....	69		
§ 10-1 .....	69		
§ 10-6 .....	69		
2.7.1999 nr. 63 pasientrettighetsloven			
§ 2-1 .....	172		
§ 5-2 .....	159		
§ 7-2 .....	164		
§ 7-4 .....	164		
2.7.1999 nr. 64 helsepersonelloven			
§ 42 .....	159		
§ 43 .....	159		
§ 48 tredje ledd bokstav c .....	116		
§ 55 .....	159		
18.5.2001 nr. 21 straffegjennomføringsloven			
§ 7 .....	45		
§ 2 .....	197		
§ 14 .....	204		
§ 15 .....	191		
§ 17 .....	207		
§ 29 .....	212		
§ 33 .....	191		
§ 37 første ledd bokstav e .....	194		
7.6.2002 nr. 19 navneloven			
§ 12 .....	184		
9.5.2003 nr. 31 miljøinformasjonsloven			
§ 11 .....	53		

## 2. Konvensjoner

4.11.1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon	
artikkel 6 .....	189
artikkel 14 .....	
Tilleggsprotokoll 20.3.1952 artikkel 1 om vern av eiendom .....	236

## 3. Forskrifter og vedtekter

28.6.1985 nr. 1679 påtaleinstruksen	
§ 29-1 første ledd .....	189
11.11.1983 nr. 1608 forskrift til tjenestemannsloven	
§ 7 nr. 5 .....	80
21.12.1990 nr. 1028 utlendingsforskriften	
§ 23 .....	219, 228
§ 24 første ledd .....	224
4.2.1994 nr. 111 forskrift om folkeregister på Svalbard	
§ 2 .....	185
5.6.1997 forskrift om doktorgraden (Universitetet i Tromsø)	
§ 8 .....	134
§ 9 .....	134
§ 11 .....	134
18.6.1997 nr. 608 forskrift om delegering av myndighet til å treffe avgjørelse om ettergivelse og nedsettelse av skatte- og avgiftskrav, forsinkelsesrenter og innfordringsutgifter på billighetsgrunnlag (billighetsforskriften)	
§ 2 .....	267
21.5.1999 nr. 502 forskrift om konsekvensutredninger .....	354
21.12.2000 nr. 1408 forskrift om kontrollkomisjonens virksomhet	
§ 4-2 .....	166
15.6.2001 nr. 616 forskrift om offentlige anskaffelser	
§ 3-3 .....	36
15.1.2003 nr. 123 forskrift om fastsetjing og endring av fostringstilskot (bidragsforskriften)	
§ 4 .....	152
7.5.2003 nr. 1895 forskrift om tildeling av kommunal bolig i Oslo kommune	
§ 8 .....	154

24.6.2003 nr. 749 forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker (SAK) § 23 nr. 1 .....	279	23.6.2006 nr. 724 forskrift til opplæringslova § 14-1 .....	69
8.2.2005 nr. 114 forskrift om tildeling av utdanningsstøtte skoleåret 2005-2006 pkt. 8.1 .....	140	15.12.2006 nr. 1456 forvaltningslovforskriften § 16 .....	71

**Vedlegg 1****Ombudsmannens kontor - personaloversikt**

Ombudsmannens kontor hadde per 31. desember 2007 følgende avdelingsinndeling og personalsammensetning. Avdelingenes saksområder fremgår av organisasjonskartet i kapittel I.

*Avdeling 1:*

Kontorsjef: Bjørn Dæhlin  
 Nestleder: Annicken Sogn  
 Seniorrådgiver: Vibeke Woldseth  
 Førstekonsulent: Jan Gunnar Aschim  
 Førstekonsulent: Heidi Quamme Kittilsen  
 Førstekonsulent: Tor Sandsbraaten

*Avdeling 2:*

Kontorsjef: Eivind Sveum Brattegard  
 Nestleder: Camilla Wohl Sem  
 Seniorrådgiver: Anders Blix Gundersen  
 Seniorrådgiver: Elisabeth Fougner  
 Førstekonsulent: Ingvild Bruce  
 Førstekonsulent: Stine Elde

*Avdeling 3:*

Kontorsjef: Berit Sollie  
 Nestleder: Bente Kristiansen  
 Seniorrådgiver: Mentz Grieg  
 Rådgiver: Camilla Lie  
 Førstekonsulent: Eva Grotnæss Barnholdt

*Avdeling 4:*

Kontorsjef: Kai Kramer-Johansen  
 Nestleder: Annette Dahl  
 Seniorrådgiver: Christian P. Gundersen  
 Seniorrådgiver: Stine R.B. Jarslett  
 Seniorrådgiver: Cecilie Karlson  
 Rådgiver: Anne-Karin Nesdam  
 Rådgiver: Johan Nyrrerød Spiten  
 Førstekonsulent: Gemetchu Hika

*Avdeling 5:*

Kontorsjef: Hanne S. Nymoen  
 Nestleder: Kristian Brandt  
 Seniorrådgiver: Siv Nylenna  
 Rådgiver: Ola Berg Lande  
 Førstekonsulent: Gustav Haver  
 Førstekonsulent: Therese Sørli Stange

*Alle avdelinger:*

Kontorsjef: Harald Gram

*Administrasjonen:*

Administrasjonssjef: Grethe Fjeld Heltne

*Økonomi, personal, generell drift:*

Rådgiver: Solveig Torgersen

*Kontor og resepsjonstjeneste:*

Seniorkonsulent: Kari Woldsund  
 (ombudsmannens sekretær)  
 Førstekonsulent: Caroline Garcia-Aarsæther  
 Konsulent: Torill H. Carlsen  
 Konsulent: Yvonne Wilberg  
 Konsulent: Kari Rimala  
 Konsulent: Rita Bettina Hafslund

*Arkiv og bibliotek:*

Arkivleder: Anne-Marie Sviggum  
 Konsulent: Annika Båshus  
 Konsulent: Anne Gunn Lyen Green  
 Konsulent: Anne Kristin Larsen  
 Konsulent: Elisabeth Nordby

Følgende hadde pr. 31. desember 2007 permisjon fra sin stilling:

Seniorrådgiver: Yeung Fong Cheung  
 Seniorrådgiver: Bjørn Olav Aspelund  
 Rådgiver: Henriette Lund Busch  
 Rådgiver: Ståle Hovda  
 Rådgiver: Jo Høvik  
 Rådgiver: Tarjei Istad  
 Rådgiver: Birgitte Bie Mørkved  
 Rådgiver: Cathrine Opstad Sunde  
 Rådgiver: Lisa Vogt-Lorentzen  
 Førstekonsulent: Tony Blom Skugstad

**Vedlegg 2****Foredrag, møter, besøk og reiser i 2007****Foredrag:**

15. januar: Kurs i menneskerettigheter for stortingsrepresentanter, politiske rådgivere og andre interesserte tilknyttet Stortinget - «Menneskerettighetene og Sivilombudsmannens rolle».
18. januar: Foredrag om ombudsmannen for Advokatforeningen, Stavanger
5. februar: Foredrag om «Hva handler statsretten om?» ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo
13. mars: Foredrag om Grunnloven for Aschehougs pensjonistforening, Oslo
15. mars: Foredrag om ombudsmannen og hans arbeid, Asker eldreuniversitet
24. april: Foredrag om ombudsmannen og hans arbeid, Sunnhordland Folkeuniversitet, Bømlo pensjonistforening
2. mai: Foredrag om «Kontroll og tilsyn - forvaltningens saksbehandleransvar», Datatilsynet, Oslo
6. juni: Foredrag om «Fylkesmannen som klageinstans - kvalitetskrav og innfrielse - Sivilombudsmannens erfaringer» for fylkesmennene, Fylkesmannsmøte i Oslo
4. september: Foredrag om «Praktiske utfordringer forvaltningen står overfor ved ivaretagelse av rettsikkerhetsgarantier og kravet til rask saksbehandling», seminaret Aulaforum, Universitetet i Oslo
9. oktober: Foredrag om ombudsmannsrollen på Fellesseminar, Juss-Buss, Geilo
15. oktober: Foredrag om ombudsmannens virkemidler på ombudsmannsmøte i Strasbourg
3. november: Diverse foredrag på reise til Beijing/Shanghai, Kina - Renmin Universitetet i Beijing og Fudan Universitetet i Shanghai
15. november: Foredrag om Tilsynsrådets og Advokatbevillingsnemndens virksomhet, sett fra Sivilombudsmannens ståsted, på 10-års jubileumet for Tilsynsrådet for advokatvirksomhet
22. november: Foredrag om «Sivilombudsmannen eller domstolene - hva lønner seg?», Kurs i grunnleggende og praktisk forvaltningsrett, Juristenes Utdanningscenter, Oslo

**Besøk i Norge:**

11. januar: Besøk hos Forbrukerombudet, Oslo
12. januar: Besøk ved Oslo politidistrikt
17. januar: Møte med Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg, her
18. januar: Besøk hos Fylkesmannen i Vest-Agder, Kristiansand
24. januar: Møte med Stortingets kontrollutvalg for etterretnings, overvåkings og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget), Oslo
31. januar: Seminar på Institutt for offentlig rett i anledning 50-årsjubileet, Universitetet i Oslo
8. februar: Norges Juristforbund (NJ-Forum): Debattmøte om Juryordningen, Oslo
9. februar: Senter for menneskerettigheter: MR-forum for jurister, Oslo
12. februar: Audiens hos H M Kongen
14. februar: Besøk ved NAV Asker
16. februar: Grunnlovsseminar, Eidsvoldsbygningen
21. februar: H M Kongens 70-årsdag: Festgudstjeneste og avduking av Stortingets gave
28. februar: Kriminalpolitisk seminar, Universitetet i Oslo
2. mars: Faglunsj med Justisdepartementets sivilavdeling: Oslo
6. mars: Besøk ved Haukeland Universitetssykehus, psykiatrisk divisjon, Bergen
7. mars: Seminar om asylsaker, Universitetet i Oslo
9. mars: Møte med Justissekretariatene, Oslo
9. mars: Besøk i Norges Bank, Oslo
14. mars: Besøk hos Politiets sikkerhetstjeneste (PST), Oslo
17. april: Møte med Stortingets kontroll- og konstitusjonskomitee om årsmeldingen for 2006, Oslo
26. april: Besøk hos Fylkesmannen i Troms, Tromsø

- 4. mai: Møte i forbindelse med et forskningsprosjekt om maktutredningen med professor Papendorf ved Institutt for kriminologi, Universitetet i Oslo
- 11. mai: Besøk i Skattens Hus, Tromsø
- 14. mai: Deltakelse på Torkel Opsahls minneforelesning om yringsfrihet, Universitetet i Oslo
- 5. juni: Møte med Likestillings- og diskrimineringsombudet, Oslo
- 13. juni: Besøk i Skien fengsel
- 22. august: Møte med Skattebetalerforeningen, her
- 7. september: Møte med Likestillings- og diskrimineringsombudet, Oslo
- 10. september: Møte med Senter for Menneskerettigheter, Oslo
- 26. september: Besøk hos Reinsdriftsforvaltningen, Alta
- 27. september: Besøk hos Fylkesmannen i Finnmark, Vadsø
- 27. september: Besøk i Vadsø fengsel
- 17. oktober: Møte i Arbeids- og inkluderingsdepartementet, Oslo
- 7. november: Møte i Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Oslo
- 8. november: Møte med Helse Nordmøre og Romsdal helseforetak, Molde
- 12. november: Møte i Justisdepartementets kriminalomsorgsavdeling, Oslo
- 13. november: Møte med Mattilsynet, Oslo

#### **Internasjonal deltakelse:**

- 26.-29. januar: Møte i Amman, Jordan, vedrørende oppretting av ombudsmannsinstitusjon der, i regi av det danske Utenriksdepartementet
- 27. mars: 40-års jubileum for den engelske ombudsmannen, London
- 11.-14. april: Rundebordskonferanse om menneskerettigheter, Aten
- 23.-25.mai: Vest-nordisk ombudsmannsmøte, Bornholm
- 11. juni: Møte med Riksdagens Ombudsmän (Justitieombudsmannen) om offentlighet, Stockholm
- 22. juni: Den spanske ombudsmannens 25-års jubileum, Madrid
- 17.-18. september: Capacity-Building seminar i Sofia. Ledet sesjonen «The Principles of Legality and Good Administration»
- 15.-16. oktober: Det 6. internasjonale seminar for europeiske ombudsmenn i Strasbourg
- 28. oktober-
- 3. november: Møter med kinesiske myndigheter i Beijing og Shanghai, bl.a. National People's Congress, Ministry of Supervision, Minister of Public Security, The Supreme People's Procuratorate, Shanghai Municipal People's Congress og det norske generalkonsulatet i Shanghai. Besøk ved et ungdomsfengsel i Beijing.
- 26.-29. november: Internasjonal konferanse om offentlighet og innsyn i forvaltningen, Wellington, New Zealand
- 11.-12. desember: Vest-nordisk ombudsmannsmøte, København

#### **Internasjonale besøk hos ombudsmannen:**

- 9. februar: Besøk av en menneskerettighetskommisjon fra Sør-Korea
- 6. juni: Besøk av studenter fra Hamline University, North Dakota
- 12. juni: Besøk av ombudsmannen i Sør-Korea
- 16. august: Besøk av en delegasjon fra the Control Yuan på Taiwan
- 19. - 23. august: Besøk av delegasjon, hovedsakelig med statsadvokater, fra the Supreme People's Procuratorate (SPP) i Kina
- 31. august: Besøk av delegasjon fra den svenske länsretten
- 25. september: Besøk av en studiedelegasjon fra Kina, arrangert av China-Europe Public Administration Programme (CEPA)
- 4. oktober: Besøk fra the State Bureau for Letters and Calls (SBLC) i Kina
- 18. oktober: Besøk fra kontroll- og konstitusjonskomiteen i Mexico
- 23. oktober: Besøk av parlamentarikere fra Bosnia
- 31. oktober: Besøk av professorer og studenter fra Universitetet i Beijing
- 6. november: Besøk av delegasjon fra Vietnam med tjenestemenn og en minister som er engasjert i landets reformarbeid vedrørende anti-korrupsjon
- 13. november: Besøk av delegasjon fra Indonesia bestående av byråkrater som arbeider med menneskerettigheter og innsyn, og av ombudsmannen i provinsen Yogyakarta
- 14. november: Besøk av professor og leder av Institute of State and Law i Vietnam, Dao Tri Uc
- 12. desember: Besøk av en delegasjon fra Ministry of Home Affairs i Sør-Korea

**Vedlegg 3****Kongeriget Norges****Grundlov § 75 bokstav l:**

Det tilkommer Stortinget at udnævne en Person, der ikke er Medlem af Stortinget, til, paa en Maade som er nærmere bestemt i Lov, at have Indseende med den offentlige Forvaltning og alle som virke i dens Tjeneste, for at søge at sikre at der ikke øves Uret mod den enkelte Borger.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tilføyd ved grunnlovsbestemmelse 23. juni 1995 nr. 567.

**Vedlegg 4****Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen<sup>1</sup>**

## § 1.

*Valg av ombudsmann.*

Etter hvert stortingsvalg velger Stortinget en ombudsmann for forvaltningen, Sivilombudsmannen. Valget gjelder for 4 år fra 1. januar året etter stortingsvalget.

Ombudsmannen må fylle vilkårene for å være høyesterettsdommer. Han må ikke være medlem av Stortinget.

Hvis Ombudsmannen dør eller blir ute av stand til å utføre sitt verv, velger Stortinget en ny ombudsmann for den gjenværende del av tjenestetiden. Det samme gjelder dersom Ombudsmannen sier fra seg vervet, eller Stortinget med et flertall på minst to tredjedeler av de avgitte stemmer beslutter å frata ham vervet.

Er Ombudsmannen på grunn av sykdom eller av andre grunner midlertidig forhindret fra å utføre sitt verv, kan Stortinget velge en stedfortreder til å gjøre tjeneste så lenge fraværet varer. Ved fravær inntil 3 måneder kan Ombudsmannen bemyndige kontorsjefen til å gjøre tjeneste som stedfortreder.

Finner Stortingets presidentskap at Ombudsmannen bør anses som inhabil ved behandlingen av en sak, velger det en setteombudsmann til å behandle saken.

## § 2.

*Instruks.*

Stortinget fastsetter alminnelig instruks for Ombudsmannens virksomhet. For øvrig utfører Ombudsmannen sitt verv selvstendig og uavhengig av Stortinget.

## § 3.

*Formål.*

Som Stortingets tillitsmann skal ombudsmannen på den måte som fastsatt i denne lov og i hans instruks, søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

## § 4.

*Arbeidsområde.*

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste. Hans arbeidsområde omfatter likevel ikke:

- a) forhold som Stortinget eller Odelstinget har tatt standpunkt til,
- b) avgjørelser truffet i statsråd,
- c) domstolenes virksomhet,
- d) Riksrevisjonens virksomhet,
- e) saker som etter Stortingets bestemmelse hører under Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for Forsvaret og Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for sivile tjenestepiktige,
- f) avgjørelser som etter bestemmelse i lov bare kan treffes av kommunestyret eller fylkestinget selv, med mindre avgjørelse er truffet av formannskapet, fylkesutvalget, et fast utvalg, kommunerådet eller fylkesrådet etter lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner § 13. Avgjørelse som her nevnt kan Ombudsmannen likevel ta opp til undersøkelse av eget tiltak når han finner at hensynet til rettssikkerheten eller andre særlige grunner tilsier det.

Stortinget kan i Ombudsmannens instruks fastsette:

- a) om en bestemt offentlig institusjon eller virksomhet skal anses for å være offentlig forvaltning eller en del av statens, kommunenes eller fylkeskommunenes tjeneste etter denne lov,
- b) at visse deler av et offentlig organs eller en offentlig institusjons virksomhet skal falle utenfor Ombudsmannens arbeidsområde.

## § 5.

*Grunnlag for arbeidet.*

Ombudsmannen kan ta saker opp til behandling enten etter klage eller av eget tiltak.

## § 6.

*Nærmere om klage og klagefrist.*

Enhver som mener å ha vært utsatt for urett fra den offentlige forvaltnings side, kan klage til Ombudsmannen.

Den som er fratatt sin personlige frihet har rett til å klage til Ombudsmannen i lukket brev.

Klagen skal være navngitt og må være satt fram innen 1 år etter at den tjenestehandling eller det forhold det klages over ble foretatt eller opphørte. Har klageren brakt saken inn for høyere forvaltningsorgan, regnes fristen fra det tidspunkt denne myndigheten treffer sin avgjørelse.

<sup>1</sup> Endret ved lover av 22. mars 1968 nr. 1, 8. februar 1980 nr. 1, 19. desember 1980 nr. 63, 6. september 1991 nr. 72, 11. juni 1993 nr. 85, 15. mars 1996 nr. 13, 28. juli 2000 nr. 74, 14. juni 2002 nr. 56 og 16. januar 2004 nr. 3, 17. juni 2005 nr. 90, 29. juni 2007 nr. 82.



Ombudsmannen avgjør om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling.

§ 7.

*Rett til å få opplysninger.*

Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.

Reglene i tvisteloven kapittel 22, med unntak for §§ 22-2, 22-6 og 22-7, får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.

Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstollovens § 43 annet ledd. Rettsmøtene er ikke offentlige.

§ 8.

*Adgang til forvaltningens kontorer.*

Ombudsmannen har adgang til tjenestesteder, kontorer og andre lokaler for ethvert forvaltningsorgan og enhver virksomhet som går inn under hans arbeidsområde.

§ 9.

*Dokumentoffentlighet og taushetsplikt.*

Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige. Ombudsmannen avgjør med endelig virkning om et dokument helt eller delvis skal unntas offentlighet. Nærmere regler, herunder om adgangen til å unnta dokumenter fra offentlighet, gis i Ombudsmannens instruks.

Ombudsmannen har taushetsplikt med omsyn til opplysninger han får i sin tjeneste om forhold av personlig karakter. Taushetsplikten gjelder også opplysninger om drifts- og forretningshemmeligheter. Taushetsplikten varer ved også etter ombudsmannens fratreden. Den samme taushetsplikt påhviler hans personale.

§ 10.

*Avslutning av en klagesak.*

Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde.

Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning. Om han finner tilstrekkelig grunn til det, kan han meddele påtalemyndigheten eller tilsetningsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann. Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis, kan han gi uttrykk for dette. Mener Ombudsmannen at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på det.

Finner Ombudsmannen at det foreligger forhold som kan medføre erstatningsansvar, kan han etter

omstendighetene gi uttrykk for at det bør ytes erstatning.

Ombudsmannen kan la saken bero med retting av feilen eller med den forklaring som gis.

Ombudsmannen skal gi klageren og den eller dem saken angår underretning om resultatet av sin behandling av en sak. Han kan også gi overordnet forvaltningsorgan slik underretning.

Ombudsmannen avgjør selv om, og i tilfelle i hvilken form, han skal gi offentligheten meddelelse om sin behandling av en sak.

§ 11.

*Innberetning om mangler i lovverk og praksis.*

Bli Ombudsmannen oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis, kan han gi vedkommende departement underretning om det.

§ 12.

*Melding til Stortinget.*

Ombudsmannen skal gi Stortinget årlig melding om sin virksomhet. Meldingen trykkes og offentliggjøres.

Får Ombudsmannen kjennskap til forsømmelse eller feil av større betydning eller rekkevidde, kan han gi Stortinget og vedkommende forvaltningsorgan særskilt melding.

§ 13.

*Lønn, pensjon, andre gjøremål.*

Ombudsmannens lønn fastsettes av Stortinget eller den det gir fullmakt. Det samme gjelder godtgjørelse til stedfortreder som oppnevnes etter § 1 fjerde ledd første punktum. Godtgjørelse til stedfortreder antatt etter fjerde ledd annet punktum kan fastsettes av Stortingets presidentskap. Ombudsmannens pensjon fastsettes ved lov.

Ombudsmannen må ikke uten samtykke av Stortinget eller den det gir fullmakt, ha annen stilling eller noe verv i offentlig eller privat virksomhet.

§ 14.

*Personalet.*

Personalet ved Ombudsmannens kontor tilsettes av Stortingets presidentskap etter Ombudsmannens innstilling eller i henhold til Presidentskapets bestemmelse av et tilsetningsråd. Midlertidige tilsetninger for inntil 6 måneder foretas av Ombudsmannen.

Presidentskapet gir nærmere regler om fremgangsmåte ved tilsetning og om rådets sammensetning. Personalets lønninger fastsettes på samme måte som for Stortingets personale.

§ 15.

1. Denne lov trer i kraft 1. oktober 1962.
2. ---

**Vedlegg 5****Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen**Fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 i medhold av ombudsmannsloven § 2<sup>1</sup>

## § 1.

*Formål.*

(Til ombudsmannslovens § 3.)

Stortingets ombudsmann for forvaltningen - Sivilombudsmannen - skal arbeide for at det i den offentlige forvaltning ikke blir gjort urett mot den enkelte borger og at embets- og tjenestemenn og andre som virker i forvaltningens tjeneste ikke gjør feil eller forsømmer sine plikter.

## § 2.

*Arbeidsområde.*

(Til ombudsmannslovens § 4.)

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste, med de unntak lovens § 4 fastsetter.

Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste skal ikke anses som en del av offentlig forvaltning etter sivilombudsmannsloven. Ombudsmannen skal ikke behandle klager på etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjenestene som kontrollutvalget har behandlet.

Ombudsmannen skal ikke behandle klager på Stortingets billighetserstatningsutvalg.

Unntaket for domstolenes virksomhet etter lovens § 4 første ledd c) omfatter også avgjørelser som ved klage, anke eller annet rettsmiddel kan innbringes for en domstol.

## § 3.

*Utforming og underbygging av klage.*

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Klage kan inngis direkte til Ombudsmannen. Den bør settes fram skriftlig og være underskrevet av klageren eller en som handler på hans vegne. Hvis klagen settes fram muntlig for Ombudsmannen, skal han sørge for at den straks blir satt opp skriftlig og underskrevet av klageren.

Klageren bør så vidt mulig gjøre rede for de grunner klagen bygger på og legge fram sine bevis og andre dokumenter i saken.

## § 4.

*Overskridelse av klagefrist.*

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Om klagefristen etter lovens § 6 - 1 år - er oversittet, er ikke det til hinder for at Ombudsmannen tar opp forholdet av eget tiltak.

## § 5.

*Vilkår for klagebehandling.*

Klages det over en avgjørelse som klageren har høve til å få overprøvd av et høyere forvaltningsorgan, skal Ombudsmannen ikke behandle klagen med mindre han finner særlig grunn til å ta saken opp straks. Ombudsmannen skal veilede klageren om den adgang han har til å få overprøvd avgjørelsen på administrativ veg. Kan klageren ikke få avgjørelsen overprøvd fordi han har oversittet klagefristen, avgjør Ombudsmannen om han etter omstendighetene likevel skal behandle klagen.

Angår klagen andre forhold som kan innbringes for høyere administrativ myndighet eller for spesielt tilsynsorgan, bør Ombudsmannen henvise klageren til å ta saken opp med vedkommende myndighet eller selv legge saken fram for denne, med mindre Ombudsmannen finner særlig grunn til selv å ta saken opp straks.

Bestemmelsene i første og annet ledd gjelder ikke dersom Kongen er eneste klageinstans som står åpen.

## § 6.

*Undersøkelse av klager.*

(Til ombudsmannslovens §§ 7 og 8.)

Klage som Ombudsmannen tar opp til nærmere undersøkelse, skal i alminnelighet legges fram for det forvaltningsorgan eller den tjenestemann den gjelder. Det samme gjelder senere uttalelser og opplysninger fra klageren. Vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann skal alltid gis anledning til å uttale seg før Ombudsmannen gir uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet og tredje ledd.

Ombudsmannen avgjør hvilke skritt som bør tas til avklaring av saksforholdet. Han kan innhente de opplysninger han finner nødvendige i samsvar med bestemmelsene i ombudsmannslovens § 7 og kan sette frist for å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller legge fram dokumenter m.v. Han kan

<sup>1</sup> Endret 22. oktober 1996, 14. juni 2000, 2. desember 2003 og 12. juni 2007 nr. 1101.

også foreta nærmere undersøkelser hos det forvaltningsorgan eller den virksomhet klagen gjelder, jf. ombudsmannslovens § 8.

Klageren har rett til å gjøre seg kjent med uttalelser og opplysninger som er gitt i klagesaken, med mindre han etter de regler som gjelder for vedkommende forvaltningsorgan ikke har krav på det.

Når Ombudsmannen av særlige grunner finner det nødvendig, kan han innhente uttalelse fra sakkyndige.

#### § 7.

*Underretning til klageren når klage ikke tas opp.*

(Til ombudsmannslovens § 6 fjerde ledd.)

Finner Ombudsmannen at det ikke er grunnlag for å ta opp en klage, skal klageren snarest underrettes. Ombudsmannen bør så vidt mulig veilede ham om annen klageadgang som måtte foreligge eller selv sende saken til rette myndighet.

#### § 8.

*Saker som optas av eget tiltak.*

(Til ombudsmannslovens § 5.)

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han ta saksbehandling, avgjørelser eller andre forhold opp til nærmere undersøkelse av eget tiltak. Bestemmelsene i § 6 første, annet og fjerde ledd får tilsvarende anvendelse ved slike undersøkelser.

#### § 9.

*Avslutning av Ombudsmannens saksbehandling.*

(Til ombudsmannslovens § 10.)

Ombudsmannen skal personlig ta standpunkt i alle saker som kommer inn etter klage eller som han tar opp av eget tiltak. Han kan likevel gi bestemte medarbeidere fullmakt til å avslutte saker som klart må avvises eller som klart ikke gir tilstrekkelig grunn til nærmere behandling.

Ombudsmannen tar standpunkt i en uttalelse, der han sier sin mening om de spørsmål som saken gjelder og som går inn under hans arbeidsområde, jf. ombudsmannslovens § 10.

#### § 10.

*Instruks for personalet.*

(Til ombudsmannslovens § 2.)

Ombudsmannen fastsetter nærmere instruks for sitt personale. Han kan gi medarbeidere på sitt kontor fullmakt til å foreta den nødvendige forberedelse av de saker som behandles.

#### § 11.

*Dokumentoffentlighet ved Ombudsmannens kontor.*

1. Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige, med mindre annet følger av taushetsplikt eller av

unntakene i nr. 2, 3 og 4 nedenfor. Med ombudsmannens saksdokumenter menes dokumenter utarbeidet i forbindelse med ombudsmannens behandling av saken. Forvaltningens saksdokumenter utarbeidet eller innhentet under forvaltningens behandling av saken, er ikke offentlige hos ombudsmannen.

2. Ombudsmannens saksdokumenter kan unntas offentlighet når særlige grunner tilsier det.
3. Ombudsmannens interne saksdokumenter kan unntas offentlighet.
4. Dokumenter som utveksles mellom Stortinget og Ombudsmannen og som gjelder Ombudsmannens budsjett og interne administrasjon, kan unntas offentlighet.
5. Det kan kreves innsyn i det offentlige innholdet av journal som Ombudsmannen fører for registrering av dokument i de sakene som opprettes. Arkivloven av 4. desember 1992 nr. 126 og arkivforskriften av 11. desember 1998 nr. 1193 gjelder tilsvarende så langt de passer på Ombudsmannens virksomhet.

#### § 12.

*Årlig melding til Stortinget.*

(Til ombudsmannslovens § 12.)

Ombudsmannens årlige melding til Stortinget skal avgis innen 1. april hvert år og omfatte ombudsmannens virksomhet i tidsrommet 1. januar - 31. desember det foregående år.

Meldingen skal inneholde en oversikt over behandlingen av de enkelte saker som Ombudsmannen mener har alminnelig interesse, og nevne de tilfelle der han har gjort oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis eller har gitt særskilt melding etter ombudsmannslovens § 12 annet ledd. I meldingen skal ombudsmannen også orientere om sitt arbeid med å overvåke og kontrollere at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han unnlate å nevne navn i meldingen. Meldingen skal uansett ikke inneholde opplysninger som er undergitt taushetsplikt.

Omtalen av saker hvor Ombudsmannen har gitt uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet, tredje og fjerde ledd, skal inneholde et referat av hva vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann har uttalt om klagen, jfr. § 6 første ledd tredje punktum.

#### § 13.

*Ikrafttredelse.*

Denne instruks trer i kraft 12. mars 1980. Fra samme dato oppheves Stortingets instruks for Ombudsmannen av 8. juni 1968.

**Vedlegg 6**

## **Brosjyre med orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet**

**(Bokmål, nynorsk og samisk)**

### **Forord**

Det hender iblant at den enkelte borger mener at offentlige myndigheter har gjort urett mot ham eller begått en feil. Da kan han be Sivilombudsmannen undersøke saken.

Sivilombudsmannen er oppnevnt av Stortinget for å forsvare den enkelte borgers rettigheter. Denne brosjyren redegjør for hva Sivilombudsmannen kan gjøre, hvordan klager settes fram, og hvordan ombudsmannen og hans medarbeidere behandler klagen.

Oslo i januar 2003

Stortingets ombudsmann for forvaltningen

*Arne Fliflet*  
Sivilombudsmann

### **Hvilke saker og spørsmål er det Sivilombudsmannen arbeider med?**

Sivilombudsmannen kan undersøke de fleste typer saker og forhold som offentlige myndigheter har behandlet og avgjort. Statens, fylkeskommunenes og kommunenes forvaltning hører således til Sivilombudsmannens arbeidsområde. Klager kan rettes både mot myndighetsorganer (forvaltningsorganer) og mot tjenestemenn eller andre som handler i forvaltningens tjeneste.

Private tvister faller utenfor arbeidsområdet. Ombudsmannen kan f.eks. ikke behandle tvister mellom privatfolk i naboforhold, tvister om private kontraktsforhold eller klager på private organisasjoner. Det samme gjelder i mange tilfeller hvor det offentlige er part i rent privatrettslige forhold.

- Sivilombudsmannen kan heller ikke behandle
- saker som Stortinget eller Odelstinget har tatt standpunkt til
  - avgjørelser truffet i statsråd
  - domstolenes virksomhet, herunder også administrative gjøremål som er lagt til dommerkontorene, og avgjørelser som etter uttrykkelig lovbestemmelse kan bringes inn for domstolene ved bruk av anke, klage eller annet rettsmiddel, f.eks. en utpanting eller et trekkpålegg
  - Riksrevisjonens virksomhet
  - saker som hører under Ombudsmannen for Forsvaret og Ombudsmannen for sivile vernepliktinge

Av hensyn til det kommunale selvstyre kan ikke alle de avgjørelser som er truffet av kommunestyre eller fylkesting, bringes inn for ombudsmannen.

### **Om den veiledning Sivilombudsmannen og hans kontor kan gi**

Sivilombudsmannens kontor gir nødvendig veiledning, råd og hjelp til dem som skal bruke Stortingets ombudsmannsordning. Kontoret kan også svare på rettslige spørsmål som har tilknytning til en bestemt klagesak.

### **En klage til Sivilombudsmannen - hva er det? Hva kan tas opp i klagen? Hva koster det?**

Den som klager til Sivilombudsmannen, henstiller til ombudsmannen å undersøke en sak eller et forhold som forvaltningen (offentlige myndigheter) har behandlet. Ombudsmannen avgjør om klagen gir ham tilstrekkelig grunn til behandling.

En klage til Sivilombudsmannen og en klage til en overordnet forvaltningsmyndighet er to forskjellige ting. Den som klager til en overordnet forvaltningsmyndighet, har normalt rett til å få saken behandlet på ny av en overordnet myndighet, og klageorganet kan i tilfelle omgjøre sin avgjørelse. Den som klager til Sivilombudsmannen, henstiller til ombudsmannen å undersøke en sak eller et forvaltningsforhold og i tilfelle å si sin mening om det som kommer ut av undersøkelsene. Ingen kan *kreve* å få sin klage behandlet av ombudsmannen. Ombuds-

mannen kan heller ikke omgjøre forvaltningsavgjørelser.

En klage til ombudsmannen må gjelde noe som kan anses for en urett mot den som klager. Det vil være tilfellet når klagen går ut på at en forvaltningsavgjørelse er uriktig, eller at en sak har vært behandlet på en uriktig eller uforsvarlig måte av myndighetene. Den som mener at forvaltningen har opptrådt på en hensynsløs, krenkende eller annen belastende måte, kan klage på det. Det kan også klages på at forvaltningen lar være å svare på forespørslers eller ikke handler i en sak.

Klagebehandlingen hos sivilombudsmannen er gratis.

### Når kan det klages til Sivilombudsmannen?

Sivilombudsmannens kontroll skal være etterfølgende. Det betyr at forvaltningen selv skal ha mulighet for å ordne opp og ta endelig standpunkt til saken før det klages til ombudsmannen. Dersom forvaltningen har egne tilsyns- og kontrollordninger, må klagen normalt først rettes dit.

Gjelder klagen en forvaltningsavgjørelse, finnes det i mange tilfeller en høyere instans i forvaltningen som kan overprøve avgjørelsen. Da må denne klagemuligheten ha vært brukt før det klages til Sivilombudsmannen. For eksempel må en trygdeavgjørelse som regel ha vært klaget inn for Trygderetten, og en avgjørelse i en byggesak eller sosialsak må først ha vært klaget inn for Fylkesmannen. Hvis man også etter endelig avgjørelse i en slik klagesak mener det er begått feil eller urett, kan man klage til Sivilombudsmannen.

I de saker der Kongen (Regjeringen) er klageinstans, gjelder ikke regelen om at klageadgangen til høyere forvaltningsorgan må være benyttet før det kan klages til Sivilombudsmannen. Dette innebærer at avgjørelser truffet i et departement som førsteinstans kan klages inn for ombudsmannen uten at det først er klaget til Kongen.

Det som er sagt foran, gjelder først og fremst klager på avgjørelser. I visse tilfeller kan det også klages til ombudsmannen mens en sak fortsatt er under behandling i forvaltningen. Dette kan f.eks. gjelde fremdriften av saken (sen saksbehandling).

### Klagefrist

Klagefristen er ett år. Fristen regnes fra forvaltningens endelige avgjørelse i saken eller fra tidspunktet for det forhold klagen gjelder. Avvik fra denne regelen skjer bare unntaksvis.

### Hvem kan klage?

Enhver som mener å ha vært utsatt for urett eller feil fra offentlige myndigheters side, kan klage til ombudsmannen. Klageren må imidlertid selv ha vært utsatt for den feilen eller forsømmelsen klagen gjelder.

Ombudsmannen behandler normalt ikke klager over noe som bare gjelder andre.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at man kan få en annen til å sende inn klage for en. I så fall må det legges ved en fullmakt fra den som saken gjelder. En organisasjon kan klage til ombudsmannen på vegne av et enkelt medlem. Da bør medlemmet medunderskrive klagen, eller det bør legges ved skriftlig fullmakt.

De som er fratatt sin personlige frihet, f.eks. innsatte i fengslene, har rett til å klage til ombudsmannen i lukket brev, dvs. uten noen form for brevsensur fra institusjonens side.

Ombudsmannen kan også ta opp saker til undersøkelse av eget tiltak.

### Hvordan settes en klage opp?

Klagen må være skriftlig og undertegnet av klageren selv, eller av en annen etter fullmakt fra klageren. Et vanlig brev er nok. Det gjelder ingen spesielle krav til formen, bortsett fra at ombudsmannen må ha sikkerhet for at klageren er den hun eller han utgir seg for å være. Derfor brukes e-post bare til forespørslers og orienteringer og ikke som grunnlag for klagebehandling. Klageren bør i klagen gjøre rede for hva uretten eller feilen består i, og gjerne legge ved eventuelle saksdokumenter.

### Klagebehandlingen hos Sivilombudsmannen

Når det er på det rene at en klage hører under ombudsmannens arbeidsområde, tas det stilling til om det er tilstrekkelig grunn til å behandle klagen. Hvis så er, sørger ombudsmannen for at saken blir undersøkt.

Ombudsmannen bestemmer omfanget av undersøkelsen. Det blir innhentet dokumenter, opplysninger og uttalelser fra forvaltningen og klager i den grad dette er nødvendig. (Undersøkelsene må normalt begrense seg til gjennomgåelse av saksdokumenter og annet skriftlig materiale, men den som ønsker det, kan be om samtaler eller muntlig konferanse med ombudsmannen eller hans medarbeidere.)

Fotografier og videofilmer o.l. kan også benyttes til å kaste lys over saken. Ombudsmannen foretar normalt ikke befaringer og kan heller ikke selv avhøre parter eller vitner.

Klageren blir holdt orientert om sakens gang og om resultatet av ombudsmannens behandling.

Ombudsmannen skal undersøke sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikke opptre som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for den enkelte borger i forhold til myndighetene.

### Hva kan Sivilombudsmannen gjøre?

Ombudsmannen kan uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde. De undersøkelser ombudsmannen gjør, kan med andre ord mun-

ne ut i kritikk av, henstillinger til og anbefalinger overfor myndighetene. Ombudsmannen kan peke på at det er begått feil eller forsømmelse fra et forvaltningsorgan eller en tjenestemann. Han kan også henstille til vedkommende forvaltningsorgan å rette feil, forsømmelser eller skjevheter. Sivilombudsmannen kan ikke selv treffe bindende avgjørelser eller omgjøre avgjørelser truffet av forvaltningen. Han kan heller ikke gi rettslig bindende instruksjoner til myndighetene. I praksis retter imidlertid myndighetene seg etter ombudsmannens henstillinger og anbefalinger.

Når det gjelder skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser, har ombudsmannen bare begrenset adgang til å uttale kritikk.

Ombudsmannen kan også gjøre oppmerksom på mangler ved lover, regelverk og myndighetspraksis.

### **Ikke alle saker egner seg for undersøkelser av Sivilombudsmannen**

Som det fremgår av avsnittet om klagebehandlingen, er enkelte spørsmål ikke egnet for behandling og uttalelse fra ombudsmannens side. Det vil for eksempel være tilfellet når åstedsbefaring eller muntlig forklaring er av betydning, slik som i en del saker om fast eiendom og enkelte erstatningskrav.

### **Vil du vite mer om Sivilombudsmannen?**

Den som vil vite mer om Stortingets ombudsmannsordning, kan skrive eller ringe til ombudsmannens kontor. Muntlige konferanser med ombudsmannens medarbeidere må avtales på forhånd.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et.(inngang Tollbug.)

Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

post@sivilombudsmannen.no

www.sivilombudsmannen.no

---

## NYNORSK

### Forord

Det hender at ein borgar meiner offentlege styresmakter har gjort han urett eller har gjort ein feil. Han kan da be Sivilombodsmannen sjå på saka.

Sivilombodsmannen er oppnemnd av Stortinget

for å forsvare rettane til enkeltborgarar. Denne brosjyren gjer greie for kva Sivilombodsmannen kan gjere, korleis klagar skal setjast fram, og korleis ombodsmannen og medarbeidarane hans behandlar klageane.

Oslo i januar 2003

Stortingets ombodsmann for forvaltninga

*Arne Fliflet*  
Sivilombodsmann

### Kva saker og spørsmål er det Sivilombodsmannen arbeider med?

Sivilombodsmannen kan granske dei fleste typar saker og forhold som offentlege styresmakter har behandla og avgjort. Forvaltninga i staten, fylkeskommunane og kommunane høyrer såleis inn under arbeidsområdet til Sivilombodsmannen. Klagar kan rettast både mot forvaltningsorgan og mot tenestemenn eller andre som handlar i offentlig teneste.

Private tvistar fell utanfor arbeidsområdet. Ombodsmannen kan til dømes ikkje behandle tvistar mellom privatfolk i naboforhold, tvistar om private kontraktar eller klagar på private organisasjonar. Det same gjeld i mange tilfelle der det offentlege er part i reint privatrettslege saker.

Sivilombodsmannen kan heller ikkje behandle

- saker som Stortinget eller Odelstinget har teke standpunkt til
- avgjerder i statsråd
- verksemda til domstolane, det gjeld også administrative gjeremål som dommarkontora tek seg av, og avgjerder som etter uttrykkjeleg lovregel kan leggjast fram for domstolane ved bruk av anke, klage eller anna rettsmiddel, til dømes ei utpanting eller eit trekkpållegg
- verksemda til Riksrevisjonen
- saker som høyrer inn under Ombodsmannen for Forsvaret og Ombodsmannen for sivile vernepliktige

Av omsyn til det kommunale sjølvstyret kan ikkje alle avgjerder som kommunestyre eller fylkesting har teke, leggjast fram for Sivilombodsmannen.

### Om den rettleiinga Sivilombodsmannen og kontoret hans kan gi

Kontoret til Sivilombodsmannen gir nødvendig rettleiing, råd og hjelp til den som skal bruke ombodsmannsordninga. Kontoret kan også svare på rettslege spørsmål som har tilknytning til ei bestemt klagesak.

### Ein klage til Sivilombodsmannen - kva er det?

#### Kva kan takast opp i klagen? Kva kostar det?

Den som klagar til Sivilombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forhold som forvaltninga har behandla. Ombodsmannen avgjer om klagen gir god nok grunn til behandling.

Ein klage til Sivilombodsmannen og ein klage til eit overordna forvaltningsorgan er to ulike ting. Den som klagar til eit overordna forvaltningsorgan, har normalt rett til å få saka behandla på nytt av ein overordna instans, og klageorganet kan i så fall gjere om avgjerda si. Den som klagar til ombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forvaltningsforhold og seie kva han meiner om det som kjem ut av granskinga. Ingen kan *krevje* å få klagen sin behandla av ombodsmannen. Ombodsmannen kan heller ikkje gjere om forvaltningsavgjerder.

Ein klage til ombodsmannen må gjelde noko som kan reknast for å vere ein urett mot klagaren. Det er tilfellet når klagen går ut på at ei forvaltningsavgjerd er feil, eller at styresmaktene har handtert ei sak uforsvarleg eller på feil måte. Den som meiner at forvaltninga har gått fram omsynslaut, krenkjande eller på anna klanderverdig vis, kan klage på det. Det kan også klagast på at forvaltninga lèt vere å svare på spørsmål eller ikkje handlar i ei sak.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen er gratis.

### Når kan det klagast til Sivilombodsmannen?

Sivilombodsmannen skal kontrollere i ettertid. Det vil seie at forvaltninga sjølv skal ha høve til å ordne opp og ta endeleg standpunkt til saka før det blir klaga til ombodsmannen. Dersom forvaltninga har eigne tilsyns- og kontrollordningar, må klagen normalt først rettast dit.

Gjeld klagen ei forvaltningsavgjerd, finst det i mange tilfelle ein høgare instans i forvaltninga som kan overprøve avgjerda. Da må saka ha vore lagd fram for denne instansen før det blir klaga til Sivilombodsmannen. Til dømes må ei trygdeavgjerd som regel ha vore klaga inn for Trygderetten, og ei avgjerd i ei byggjesak eller sosialsak må først ha vore klaga inn for fylkesmannen. Dersom ein etter endeleg avgjerd i ei slik klagesak framleis meiner det er gjort feil eller urett, kan ein klage til Sivilombodsmannen.

I dei sakene der Kongen (regjeringa) er klageinstans, gjeld ikkje regelen om at ein må ha klaga til eit høgare forvaltningsorgan før ein klagar til Sivilombodsmannen. Det vil seie at avgjerder som er tekne i eit departement som førsteinstans, kan klagast inn for ombodsmannen utan at det først er klaga til Kongen.

Det som er sagt ovanfor, gjeld først og fremst klagar på avgjerder. I visse tilfelle kan det også klagast til ombodsmannen medan ei sak framleis er under behandling i forvaltninga. Dette kan til dømes gjelde framdrifta i saka (sein saksbehandling).

### Klagefrist

Klagefristen er eitt år. Fristen blir rekna frå det tidspunktet forvaltninga har teke endeleg avgjerd i saka, eller frå tidspunktet for det forholdet det blir klaga over. Det er berre unntaksvis avvik frå denne regelen.

### Kven kan klage?

Alle som meiner dei har vore utsette for urett eller feil som offentlege styresmakter har gjort, kan klage til ombodsmannen. Men klagaren må sjølv ha vore utsett for den feilen eller forsømminga klagen gjeld. Ombodsmannen behandlar normalt ikkje klagar over noko som berre gjeld andre.

Det er likevel ikkje noko i vegen for at ein kan få andre til å sende inn klage for seg. I så fall må det leggjast ved ei fullmakt frå den personen som saka gjeld. Ein organisasjon kan klage til ombodsmannen på vegner av ein enkeltmedlem. Da bør medlemmen medunderskrive klagen, eller det bør leggjast ved skriftleg fullmakt.

Personar som er fråtekne den personlege fridommen, til dømes innsette i fengsel, har rett til å klage til ombodsmannen i lukka brev. Det vil seie at institusjonen ikkje kan sensurere brevet.

Ombodsmannen kan også ta opp saker til gransking etter eige initiativ.

### Korleis skal ein klage setjast opp?

Klagen må vere skriftleg og underskriven av klagaren sjølv eller ein annan etter fullmakt frå klagaren. Eit vanleg brev er nok. Det blir ikkje stilt spesielle krav til forma, bortsett frå at ombodsmannen må ha garanti for at klagaren er den ho eller han gir seg ut for å vere. Derfor blir e-post berre brukt til spørsmål og orienteringar og ikkje som grunnlag for klagebehandling. Klagaren bør i klagen gjere greie for kva uretten eller feilen går ut på, og gjerne leggje ved eventuelle saksdokument.

### Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen

Når det er på det reine at ein klage høyrer inn under arbeidsområdet til ombodsmannen, blir det teke stilling til om det er god nok grunn til å behandle klagen. Dersom det er det, sørgjer ombodsmannen for at saka blir granska. Ombodsmannen avgjer kva omfang granskinga skal ha. Det blir henta inn dokument, opplysningar og fråsegner frå forvaltninga og klagaren i den monn det trengst. (Granskinga må normalt avgrense seg til gjennomgang av saksdokument og anna skriftleg materiale, men den som ønskjer det, kan be om samtalar eller munnleg konferanse med ombodsmannen eller medarbeidarane hans.)

Fotografi og videofilmar og liknande kan også brukast til å kaste lys over saka. Ombodsmannen dreg normalt ikkje ut på synfaring og kan heller ikkje sjølv avhøyre partar eller vitne.

Klagaren blir halden orientert om saksgangen og om resultatet av behandlinga hos ombodsmannen.

Ombodsmannen skal granske sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikkje fungere som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for ein borgar i høve til styresmaktene.

### Kva kan Sivilombodsmannen gjere?

Ombodsmannen kan seie kva han meiner om saker som høyrer inn under arbeidsområdet hans. Dei granskingane ombodsmannen gjer, kan med andre ord munne ut i kritikk av eller oppmodingar og tilrådingar til styresmaktene. Ombodsmannen kan peike på at eit forvaltningsorgan eller ein tenestemann har gjort ein feil eller har forsømt seg. Han kan også oppmode forvaltningsorganet om å rette opp feil, forsømming eller mishøve. Sivilombodsmannen kan ikkje sjølv ta bindande avgjerder eller endre avgjerder som forvaltninga har teke. Han kan heller ikkje gi rettsleg bindande instruksar til styresmaktene. I praksis rettar styresmaktene seg likevel etter oppmodingane og tilrådingane frå ombodsmannen.

Når det gjeld forvaltningsavgjerder som byggjer på skjønn, har ombodsmannen berre avgrensa rett til å kome med kritikk.

Ombodsmannen kan også gjere merksam på manglar ved lover, regelverk og forvaltningspraksis.



**Ikkje alle saker eignar seg for behandling  
hos Sivilombudsmannen**

Som det går fram av avsnittet om klagebehandlinga, er det visse spørsmål ombodsmannen ikkje behandlar og uttalar seg om. Det gjeld til dømes tilfelle der det krevst synfaring eller munnleg forklaring, slik som i ein del saker om fast eigedom og visse erstatningskrav.

**Vil du vite meir om Sivilombudsmannen?**

Den som vil vite meir om ombodsmannsordninga, kan skrive eller ringje til ombodsmannskontoret. Munnlege konferansar med medarbeidarane til ombodsmannen må avtalast på førehand.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et.(inngang Tollbug.)

Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

post@sivilombudsmannen.no

www.sivilombudsmannen.no

---

## OVDASÁTNÍ

Muhtimin ovttaskas riikkaássi oaivvilda, ahte almmolaš eiseválddit leat bargan boastut su vuostá dahje boastut muhtin áššis. Dalle son sáhtta bivdit Siviilaáittardeaddji guorahallat ášši.

Stuorradiggi lea nammadan siviilaáittardeaddji bealuštit ovttaskas riikkaáššiid vuoigatvuođaid. Dát gihpa čilge maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat, mo dasa sáhtta váidit áššiid ja mo áittardeaddji ja su mielbargit meannudit váidagiid.

Oslo, suoidnemánnu 2005

Stuorradikki hálddahasáittardeaddji

*Arne Fliflet*  
Siviilaáittardeaddji

### **Makkár áššiiguin ja jearaldagaiguin Siviilaáittardeaddji bargá?**

Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallat eanaš iešgudetlágan áššiid ja diliid, maid almmolaš eiseválddit leat meannudan ja mearridan. Stáhta, fylkagielddaid ja gielddaid hálddašeapmi gullá náppo Siviilaáittardeaddji bargosuorgái. Sáhtat váidit dasa sihke eiseválddeorgánaid (hálddašanorgánaid) ja virgeolbmuid dahje earáid, geat doibmet hálddahas bálvalusas.

Priváhta nákkut eai gula bargosuorgái. Áittardeaddji ii sáhte omd. meannudit ránnjaziid priváhta nákkuid, nákkuid priváhta soahpamušaid alde dahje váidagiid priváhta servviid hárrái. Seamámá guoská ollu dáhpáhusaide, main almmolašvuohta lea osolaš priváhtarievtti oktavuodain.

Siviilaáittardeaddji ii maid sáhte meannudit

- áššiid, maid hárrái Stuorradiggi dahje Odeldiggi lea cealkán oaivila
- mearrádusaid, mat leat dahkkon stáhtarádis
- duopmostuoluid doaimmaid, maid dáid hálddahasdoaimmaid, mat gullet duopmákkantuvrraide, ja mearrádusaid maid hárrái čielgasit lea lágas mearriduvvon, ahte daid sáhtta guoddalit dahje váidit duopmostullui dahje geavahit eará riektevugiid omd. pántema dahje geassingáibádu-saRiikarevišuvnna doaimmaid
- áššiid, mat gullet Suodjalusa áittardeaddjái ja siviila bálvalangeatnegasaid áittardeaddjái

Gielladaid iešstivrejumi geažil ii sáhte buot mearrádusaid, maid gielddaráddehus dahje fylkkadiggi dahket, ovddidit áittardeaddjái.

### **Siviilaáittardeaddji ja su kantuvra bagadit**

Siviilaáittardeaddji kantuvra bagada, rávve ja veahkeha daid, geat áigot geavahit Stuorradikki áittardeaddjiortnega. Kantuvra sáhtta maid vástidit riektegažaldagaide, mat gullet dihto váidagii.

### **Váidda Siviilaáittardeaddjái - mii dat leat? Maid váidagii sáhtta čállit? Maid váidin máksá?**

Go váiddát ášši Siviilaáittardeaddjái, de bivddát áittardeaddji dutkat ášši dahje dili, maid hálddahas (almmolaš eiseválddit) lea meannudan. Áittardeaddji mearrida leago váidda nu vudolaš, ahte dan sáhtta meannudit.

Váidda Siviilaáittardeaddjái ja váidda bajit hálddašaneiseválddiide leat guokte sierra ášši. Das gii váidá ášši bajit hálddašaneiseválddiide, lea dába-láčat vuoigatvuohta dasa ahte bajit eiseválddit meannudit ášši ođdasit, ja váiddaorgána sáhtta de rievdadit mearrádusa. Dat fas, gii váidá ášši Siviilaáittardeaddjái, bivdá áittardeaddji guorahallat ášši dahje hálddahasdili, ja jus dat dan dahká, de dat cealká man oaivilis dat lea guorahallamis ovdanbohtán áššiid hárrái. Ii oktage sáhte *gáibidit* áittardeaddji meannudit iežas váidaga. Áittardeaddji ii sáhte maid rievdadit hálddahasmearrádusaid.

Áittardeaddjái sáhtta váidit dušše áššiid, maid sáhtta navdit leat boastut dan vuostá, gii ášši váida. Nu lea dakkár dáhpáhusain, main váidet hálldahusmearrádusa mii lea boastut, dahje go eiseválddit leat meannudan ášši boastut dahje dohkketmeahttumit. Dat, gii oavvilda hálldahusa leat láhtten ávvirmeahttumit (hensynsløst), rihkkon su vuostá dahje eará láhkai bargan nu ahte sutnje lea čuohcan, sáhtta váidit dan. Sáhtta maid váidit jus hálldahus ii vástít jearaldagaide dahje jus dat ii doaimma muhtin ášsis.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidagiid nuvttá.

### Goas sáhtat váidit Siviilaáittardeaddjái?

Siviilaáittardeaddji goziheapmi galgá dáhpáhuvat eará vejolašvuodaid maŋŋá. Dat mearkkaša, ahte hálldahus galgá ieš beassat ordnet ja mearridit ášši ovdalگو dat váidojuvvon siviilaáittardeaddjái. Jus hálldahus leat iežas geahččo- ja gozihanortnegat, de fertet vuos váidit daidda.

Jus áiggut váidit hálldahusmearrádusa, hálldahus lea dábálaččat bajit dássi, masa sáhtat váidit mearrádusa. Dalle fertet leat geahččalan dan váid- invejolašvuoda ovdalگو váiddát ášši Siviilaáittardeaddjái. Ovdamearkka dihte oadjomearrádusa fertet dábálaččat váidit vuos Oadjoriektái ja huksen- dahje sosiálaášši fertet vuos váidit Fylkkamánii. Jus váiddaášši lea mearriduvvon loahpalaččat ja oavvildat ain, ahte das leat dahkkojuvvon boasttuvuođat dahje vuoigatmeahttuvuođat, de sáhtat váidit ášši Siviilaáittardeaddjái.

Daid áššiin, maid váidinstánsa lea Gonagas (Ráddehus), ii gusto njuolggadus, man mielde galggat vuos leat váidán bajit hálldahusanorgánii, ovdalگو váiddát Siviilaáittardeaddjái. Dat mearkkaša, ahte mearrádusaid, maid departemeanttat leat dahkan vuosttaš mearridaninstánsan, sáhtat váidit áittardeaddjái váiddekeahhtá vuos Gonagassii.

Dás ovddabealde čilgejuvvon áššit gusket ovddimusat mearrádusaid váidimii. Muhtin dáhpáhusain sáhtta áittardeaddjái maid váidit dalle go hálldahus lea ain meannudeamen ášši, omd. go váidda guoská ášši ovdáneapmái (ášši meannudit njozet).

### Váidináigi

Váidináigi lea jahki. Áigemeri rehkenastet dan rájes, goas hálldahus loahpalaččat lea mearridan ášši dahje dan beavvi rájes, goas váidojuvvon dáhpáhus lea leamaš. Dán njuolggadusas spiehkastit háreve.

### Gii sáhtta váidit?

Juohkehaš, gii oavvilda iežas gillán vuoigameahttuvuođa dahje boasttuvuođa eiseválddiid beales,

sáhtta váidit ášši áittardeaddjái. Váidi ferte gal ieš leat šaddan gillát boasttuvuođa dahje hilggodeami, masa váidda guoská. Áittardeaddji ii dábálaččat meannut váidagiid, mat gusket dušše earáide.

Mihkkege ii dattetge hehte čállimis váidaga geannu eará beales. Dalle fertet bidjat mielddusin fápmudusa dan olbmos, geasa ášši guoská. Organisašuvdna sáhtta váidit ášši siviilaáittardeaddjái ovttaskas miellahtu beales. Dalle miellahttu berre leat mielvuolláičállin, dahje berre mielddustit čálalaš fápmudusa.

Dain, geaid persovnnalaš friijavuohhta lea duo- guštuvvon, omd. fánnggain, lea vuoigatvuohhta váidit áittardeaddjái giddejuvvon reivviin, dat mearkkaša áshusa mangeláhkai sensurerekeahhtá reivve.

Áittardeaddji sáhtta maid guorahallat áššiid iežas álgagiin.

### Mo čálán váidaga?

Váidda ferte leat čálalaš ja dan galgá vuolláičállit ieš váidi, dahje giinu eará, gii dasa oazžu fápmudusa váidis. Dábálaš reive lea doarvá, eige hámi dáfus leat matge erenoamáš gáibádusaid, earret ahte áittardeaddji galgá sáhttit luohttit ahte váidi lea dat, geanin son čállá iežas leat. Danin e-poasta geavahuvvo dušše jearaldagaide ja dieđuid addimii, iige váiddameannudeami vuodđun. Váidi berre čilget váidagis makkár vuoigatmeahttuvuohta dahje boasttuvuohta lea dahkkon, ja áinnas bidjat mielddusin vejolaš áššebáhpáriid.

### Siviilaáittardeaddji meannuda váidaga

Go lea čielgan, ahte váidda gullá áittardeaddji bargosuorgái, de gehččet leago vuodđu váidaga meannudeapmái. Jus nu lea, áittardeaddji fuolaha ášši guorahallamis.

Áittardeaddji mearrida man viidat ášši dutket. Dárbbu mielde bivdet áššebáhpáriid, dieđuid ja cealkámušaid hálldahusain ja váidis. (Guorahallama fer- tejit dábálaččat ráddjet áššebáhpáriid ja eará čállojuvvon dieđuid lohkamii, muhto jus giinu hálida, de sáhtta dáhttu ságastallamiid dahje njálmmálaš konferánssa áittardeaddjiin dahje su mielbargiiguin).

Govaid ja videofilmmaid ja eará diekkáriid sáhtta maid geavahit ášši čilgemis. Áittardeaddji ii dábálaččat fina báikkiid geahččamin iige sáhte maid ieš jearahallat osolaččaid iige vihtaniid.

Váidi oazžu dieđu(id) ášši ovdáneames ja áittardeaddji meannudeami bohtosiin.

Áittardeaddji galgá leat objektiivvalaš ja neutrála ášši guorahallamis, iige dan geažil sáhte doaibmat

ovttaskas riikkaássi vo ovddasteaddjin, advokáhtan iige fápmuduvvon olmmošin eiseválddiid hárrái.

### **Maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat?**

Siviilaáittardeaddji sáhtta cealkit maid dat oaivvilda dili hárrái, mii gullá su bargosuorgái. Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallamiiddis boađusin cuiggodit eiseválddiid dahje ávžžuhit daid bargat dihto láhkai. Áittardeaddji sáhtta čujuhit dasa, ahte hálddašanorgána dahje virgeolmmoš lea bargan boastut dahje guođđán maidnu barggakeahtta. Dat sáhtta maid ávžžuhit hálddahasorgána njulget boastuvuođaid, hilggodemiid dahje bonjuvuođaid. Siviilaáittardeaddji ii sáhte ieš mearridit áššiid, ja dan láhkai čatnat eiseválddiid, iige rievdadit hálddahusa mearrádusaid. Son ii maid sáhte gohččut eiseválddiid ja dainna geatnegahttit daid riektedásis. Geavadis eiseválddit dattetge čuvvot áittardeaddji ávžžuhusaid.

Hálddahusmearrádusaid hárrái, mat dahkkojit friijasut árvvoštallama vuodul, leat siviilaáittardeaddji cuiggodanvejolašvuodát ráddjejuvvon.

Áittardeaddji sáhtta maid fnomášahttit lágaid, njulggadusaid ja eiseválddiid geavadiid váilevašvuodain.

### **Eai buot áššit heive Siviilaáittardeaddji guorahallamii**

Nugo váidagiid meannudeami oktavuodas (9. siidus) namuhuvvo, muhtin áššiid Siviilaáittardeaddji

ii sáhte meannudit, iige cealkit oainnu daid hárrái. Nu lea ovdamearkka dihte dalle, go dáhpáhusbáikki oaidnin dahje njálmmálaš čilgehus leat dehálaččat, nu movt lea muhtin áššiin, mat gusket fásta opmodahkii ja ovttaskas buhtadusgáibádusaide.

### **Háldatgo diehtit eambo Siviilaáittardeaddji birra?**

Jus háldat eambo dieđuid Sturradikki áittardeaddjiortnega birra, sáhtat čállit dahje ringet áittardeaddji kantuvrii. Njálmmálaš ságastallamiid áittardeaddji mielbargiiguin fertet šiehttat ovddalgihtii.

Galledančujuhus  
Akersgata 8, 6. geardi  
(sisa Tollbugata bealde)

Poastačujuhus  
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefovdna 22 82 85 00  
Ruoná nummir 800 80 039  
Telefákša 22 82 85 11  
post@sivilombudsmannen.no  
www.sivilombudsmannen.no