

S|OM

Sivilombudsmannen
Stortingets ombudsman
for forvaltningen

Årsmelding for 2004
Dokument nr 4 (2004–2005)



Dokument nr 4

(2004–2005)

Melding for året 2004

fra

Sivilombudsmannen

(Stortingets ombudsmann for forvaltningen)

Avgitt til Stortinget i mars 2005

Til Stortinget

I samsvar med § 12 i lov av 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 12, gir jeg med dette melding om ombudsmannens virksomhet i 2004. Meldingen er lagt opp på samme måte som i de foregående år. Kapittel I inneholder en oversikt over institusjonens alminnelige forhold og generelle merknader om ombudsmannens virksomhet. I kapittel II redegjøres for noen generelle forvaltningsrettslige spørsmål med utgangspunkt i de sakene som har vært behandlet i meldingsåret. Kapittel III inneholder omtale av saker der det er påvist mangler ved lover, forskrifter, praksis m.v. Opplysninger om sakene og saksbehandlingen med statistikk er gitt i kapittel IV, og i kapittel V er det gitt tilleggsopplysninger om saker som har vært referert i tidligere årsmeldinger. Kapittel VI inneholder referat av saker av alminnelig interesse fra meldingsåret, jf. instruksens § 12 annet ledd.

Som vedlegg til meldingen følger en oversikt over institusjonens organisasjon og personalforhold, Grunnloven § 75 1, ombudsmannsloven, ombudsmannsinstruksen, samt en orientering om ombudsmannsordningen på bokmål, nynorsk og samisk.

Oslo, mars 2005

Arne Fliflet

Innhold

	Side
En mer slagkraftig ombudsmann – en bedre forvaltning	9
I. Institusjonens alminnelige forhold – om virksomheten og forholdet til forvaltningen	
1. Organisasjonsforhold og bemanning	11
2. Likestilling	11
3. Arbeidsåret 2004	12
4. Tiltak for å effektivisere saksbehandlingen ved ombudsmannens kontor	12
5. Informasjon om ombudsmannens virksomhet	14
6. Møter og besøk i forvaltningen	14
7. Ombudsmannens kontakt med utlandet	15
II. Noen forvaltningsrettslige spørsmål av generell interesse	
1. Åpenhet om forvaltningens beslutningsprosesser – offentlighetsloven § 5	17
2. Ombudsmannens høringsuttalelse til forslaget til ny offentlighetslov	20
3. Barnevern	23
4. Utlendingsnemndas oppfølging av ombudsmannens uttalelser	25
5. Saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet	26
6. Plan- og bygningsloven § 7	26
7. Offentlige ansattes yringsfrihet	28
8. Endring av ligningslovens fristregler	28
III. Påviste mangler ved lover, forskrifter, praksis m.v.	30
IV. Opplysninger om sakene og saksbehandlingen	
1. Oversikt	33
2. Tilgangen på saker i 2004	33
3. Hvor klagene kom fra	34
4. Avsluttede saker	35
4.1 Avviste saker – avvisningsgrunner	35
4.2 Realitetsbehandlede saker – behandlingsmåte og utfall	35
4.3 Avsluttede saker – fordelt på forvaltningsorganer og områder	37
5. Uavsluttede saker	41
V. Tilleggsopplysninger i saker referert i tidligere årsmeldinger	42
VI. Referat av saker av alminnelig interesse, jf. instruksens § 12	
<i>Offentlighet i forvaltningen og rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter</i>	
1. Innsyn i sak om utlysning av blokker på norsk sokkel	55
2. Innsyn i Forsvarsdepartementets logger over inn- og utgående e-post	58
3. Innsyn i brev frå Justisdepartementet til Kommunal- og regionaldepartementet	60
4. Innsyn i sak om lotteri	62
5. Innsyn i etterforskningsdokumenter benyttet av granskningskommisjon	65
6. Innsyn i sak etter statsallmenningsloven	67
7. Innsyn i dokumenter i tjenestemannssak i forsvaret – forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 ..	71
8. Lukkede dører i formannskapet – fylkesmannens kontroll med kommunens beslutning	73
9. Møteoffentlighet i formannskapet i Kragerø kommune	76
10. Partsinnsyn i tilsetjingssak – nedteikning av opplysningar	78
11. Partsinnsyn i tilsettingssak – rett til å få tilsendt kopi av søknad	80
12. Saksbehandlingstiden ved behandling av klage over avslag på innsyn i pasientjournal	83

Tilsetting i offentlige stillinger, offentlige tilsetningsforhold og tildeling av fastlegehjemmel

13.	Tilsetting av prosjektleder ved Universitetet i Oslo – om adgangen til i intervju å stille spørsmål om religiøs tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål	84
14.	Endring av den sakkyndige komiteens rangering av søkere til en stipendiatstilling – saksbehandlingen	85
15.	Nødvendigheten av intervju ved tilsetting i ett års vikariat	88
16.	Krav om intern utlysning etter hovedtariffavtalen – kvalifikasjonsprinsippet	90
17.	Tildeling av funksjon som kirkeforvalter til stilling som menighetsforvalter. Saksbehandling mv.	93
18.	Tjenstlig tilrettevisning – ytringsfrihet mv.	100
19.	Personalbehandling ved omorganisering av arbeidsplass – tilsetting	104
20.	Beskyldninger mot kommunal arbeidstaker fremsatt i åpent kommunestyremøte	107
21.	Arbeidsgivers styringsrett – pålegg til tjenestemann om å be brukere av kontoret om unnskyldning	109
22.	Tildeling av fastlegehjemmel – sakens opplysning	112

Offentlige verv

23.	Saksbehandlingen i forbindelse med en beslutning om å fjerne barnas representant i det faste utvalget for plansaker	116
-----	---	-----

Utdanning og studiefinansiering

24.	Vektleggingen av sakkyndige uttalelser i sak om utsatt skolestart	126
25.	Krav om kunnskaper i norsk ved støtte til utdanning i utlandet	128
26.	Sak om rentefritak på studielån	131

Forbrukerrådet

27.	Saksbehandlingen hos Forbrukerrådet Nordland – spørsmål om kontradiksjon m.m.	132
-----	--	-----

Billighetserstatning

28.	Saksbehandlingen i saker om billighetserstatning	135
-----	--	-----

Sosialtjenester, omsorgslønn, ektefellebidrag og barnebidrag

29.	Brukerstyrt personlig assistanse for barn med omfattende funksjonsnedsettelse	138
30.	Sak om omsorgslønn og veiledningsplikt	139
31.	Saksbehandlingen i sak om ektefellebidrag – spørsmål om inhabilitet ved klageinstansens behandling	141
32.	Barnebidrag. Spørsmål om anvendelse av gamle eller nye regler ved bidragsfastsettingen. Spørsmål om norsk eller spansk jurisdiksjon ved krav om endring av bidraget	144
33.	Fastsetting av barnebidrag for selvstendig næringsdrivende	146
34.	Saksbehandling ved klage – bidragsmyndighetens adgang til å gå utenfor partenes påstander ...	147

Bo- og behandlingssenter, institusjon for rusmiddelbrukere

35.	Utestenging av pårørende fra kommunalt bo- og behandlingssenter	148
36.	Utskriving fra institusjon for rusmiddelbrukere mot beboers vilje	151

Fører kort

37.	Sperrefrist for utstedelse av fører kort og forbudet mot dobbelt straffeforfølgning	154
-----	---	-----

Fengselsforhold

38.	Plassering av flere innsatte på samme celle	157
39.	Disiplinærvedtak i fengsel	160
40.	Søknad om soningsavbrudd eller velferdspermisjon – saksbehandlingstid og underretning om vedtak	165

Utlendingssaker

41.	Saksbehandlingsrutiner i Utlendingsdirektoratet	166
42.	Nemndsleders kompetanse etter utlendingsloven § 38 b til alene å avgjøre Utlendingsnemndas endelige avslag på asylsøknad og omgjøringsbegjæring	172
43.	Asylsak – Dublinkonvensjonen (første asyllandregelen)	176
44.	Avslag på søknad om asyl – internfluktalternativet	179

Skatt, ligningsbehandling og toll

45.	Gevinstbeskatning av tomtesalg. Ligningslovens myndighetsfordeling	182
46.	Tilleggsskatt for ung selvstendig næringsdrivende	183
47.	Særfradrag for rusbehandling i 1999 etter Minnesotamodellen ved privat klinikk	185
48.	Sak om opphør av skatteplikt til Norge etter den tidligere ettårsregelen ved deltakelse i internasjonale fredsbevarende og humanitære oppdrag	189
49.	Skattemessig bosted ved arbeidsopphold i Sverige – forholdet til den tidligere ettårsregelen	195
50.	Endring av ligning til skattyters gunst mer enn tre år tilbake i tid etter endret rettsoppfatning – spørsmål om faktum hadde vært «uriktig eller ufullstendig»	200
51.	Forbud mot å representere vareiere ved tollekspedisjon av varer – spørsmål om vedtaket representerte et brudd på forbudet mot dobbelt straffeforfølgning	202

Dokumentavgift, arveavgift og renovasjonsavgift

52.	Dispensasjon fra dokumentavgift i sak om tilbakeskjøting av grunnbokshjemmel etter deling av jordbrukseiendom	203
53.	Arveavgiftsberegning av andel i nettolignet sameie	206
54.	Arveavgift – når boretten er testamentert til en annen enn eiendomsarvingen	208
55.	Renovasjonsavgift for midlertidig fraflyttet eiendom	217
56.	Renovasjonsavgift for hytte – begrunnelsesplikt	218

Sakskostnader, erstatning og renter

57.	Saksomkostningskrav etter varsel om politianmeldelse og erstatningsansvar for manglende forskuddstrekk overfor styreleder i familiebarnehage	221
58.	Sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 – kostnader forbundet med ombudsmannsbehandling og fornyet behandling i forvaltningen	226
59.	Saksomkostninger – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og retten til fritt rettsråd uten behovsprøving	229
60.	Saksomkostninger for Trygderetten når fylkestrygdekontorets vedtak oppheves og saken hjemvises til ny behandling	232
61.	Behandlingen av klage over avslag på krav om sakskostnader i ligningssak	235
62.	Erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser – svikt ved ligningsmyndighetenes fastsettelse av pensjonspoeng	237
63.	Krav om forsinkelsesrenter etter skattebetalingsloven	238
64.	Om kapitalkostnader knyttet til utlagte sakskostnader kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36	240

Bygge- og reguleringsaker

65.	Ordførers habilitet ved kommuneplanbehandling	244
66.	Reguleringsplan for Furusjøen hytteområde – reduksjon i antall hyttetomter i forhold til tidligere plan	246
67.	Bygningsmyndighetenes adgang til å dispensere fra reguleringsplan med formål småbåthavn til industri – inhabilitet	248
68.	Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og plan- og bygningsloven § 17–2 for oppføring av to fritidsboliger	254
69.	Dispensasjon fra utnyttelsesgrad ved oppføring av tilbygg til bolig for ombygging til generasjonsbolig	257
70.	Dispensasjon for oppføring av fellesbrygge – forståelsen av lovvilkåret «særlige grunner»	260
71.	Rammetillatelse for tilbygg og påbygg	266
72.	Spørsmål om fradeling av festet hyttetomt var i strid med kommuneplanen	268
73.	Tillatelse til oppføring av tomannsbolig med carport – forholdet til «Småhusplanen»	271

Andre saker etter plan- og bygningsloven, renovasjon og forurensning

74.	Pålegg om retting på grunn av vannsig – kostnadsansvaret	276
75.	Krav om tilknytning til offentlig vassledning	281
76.	Manglende svar og sen saksbehandling i Steinkjer kommune i sak om renovasjon	284
77.	Inhabilitet etter ulovfestede regler – sak om opprydning av Kamfjordkilen i Sandefjord	285

Landbruk og konsesjon

78.	Avkorting av produksjonstilskudd – forvaltningens plikt til å foreta en selvstendig prøving av om virksomheten er drevet i strid med gjeldende regelverk og av selve skyldkravet	288
79.	Rettslig klageinteresse i sak om fritak fra boplikt	291

80.	Boplikt på avsidesliggende landbrukseiendom	293
81.	Konsesjonsvilkår om bosetting	296
<i>Reindrift</i>		
82.	Avslag på søknad om rovvilterstatning for tap av tamrein – bopelskrav	300
<i>Næringsvirksomhet</i>		
83.	Skjenke- og serveringsbevilling – spørsmål om et vedtak om innvilgelse av skjenkebevilling var en nullitet	302
84.	Tildeling av løyve for leiekjøring med snøscooter	303
85.	Konsesjon for eksisterende settefiskanlegg	307
<i>Konsesjon til lokalfjernsyn</i>		
86.	Sak om konsesjon til å drive lokalfjernsyn – hensynet til kontinuitet og medieeierskapsituasjonen i konsesjonsområdet	312
Registre		
	Emne- og stikkordregister	318
	Lovregister	321
Vedlegg		
1 a.	Sivilombudsmannens organisasjon	323
1 b.	Personaloversikt	324
2.	Kongeriget Norges Grundlov 17de Mai 1814 § 75 1	325
3.	Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen	326
4.	Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen	328
5.	Orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet – brosjyretekster på bokmål, nynorsk og samisk	330

En mer slagkraftig ombudsmann – en bedre forvaltning

Ombudsmannens oppgaver, funksjoner og rolle har endret seg siden opprettelsen av institusjonen. Endringene har skjedd gradvis over tid. De seneste års endringer har vært mer omfattende enn før. Kontoret har blitt mer tidsmessig og bedre tilpasset vår tids behov. Mulighetene for å ta opp saker, spørsmål og forhold av eget tiltak er viktig, særlig for å kunne få bukt med feil eller uheldige forhold som gjør seg gjeldende mer generelt. Endringene har også hatt som formål å bygge opp en mer slagkraftig faglig institusjon.

Den nye organiseringen gjør det mulig å prioritere bedre. Offentlighet og innsynsspørsmål er viktige. Ombudsmannen skal arbeide for å gjøre forvaltningen åpen og gi borgerne innsyn i forvaltningen. Stortingets enstemmige vedtak i september 2004 om Grunnloven § 100 understreker betydningen av at ombudsmannen prioriterer offentlighets- og innsynsspørsmålene. Disse sakene skal nå legges til en særskilt enhet i kontoret for å styrke denne side av virksomheten.

Ombudsmannen må også prioritere spørsmål som gjelder personer og grupper som har vanskelig for å ivareta sin rettssikkerhet. Barn, personer som er fratatt sin frihet, personer som har særlige behov for hjelp og støtte fra det offentlige, personer som får sosialhjelp og asylsøkere tilhører grupper som ombudsmannen må ha oppmerksomheten spesielt rettet mot.

Fortsatt må ombudsmannen være et supplement til de administrative klageordningene og et alternativ til domstolsprøvingen. På grunn av de mange klage-, tilsyns- og overprøvingsordninger som er opprettet, må ombudsmannen nå i sterkere grad rette oppmerksomheten mot hvordan disse ordningene fungerer. Ombudsmannen må i større grad også søke å prioritere spørsmål som gjelder myndighetenes opptreden og handlemåte i forhold til borgerne.

En sterkere synliggjøring av ombudsmannen og hans virksomhet kan bidra til å styrke borgernes rettssikkerhet og hindre at forvaltningen gjør feil eller urett mot borgerne. Bevisstheten om at ombudsmannen kan sette i verk undersøkelser gjør at forvaltningen og dens tjenestemenn skjerper årvåkenheten og handler og opptretr redelig, ryddig og på en ordentlig måte. Det er derfor viktig å formidle til borgerne informasjon om ombudsmannens arbeid.

Siktemålet for ombudsmannens virksomhet er å hindre at urett og feil blir begått av offentlige myndigheter mot den enkelte borger. Når ombudsmannen setter i verk undersøkelser, er meningen for det første å få rettet feil eller bøte på urett i den aktuelle saken. Men ombudsmannen må også se fremover: målet må samtidig være å bidra til å gjøre forvaltningen bedre og hindre at liknende feil og urett gjentar seg.

Arne Fliflet

I. Institusjonens alminnelige forhold – om virksomheten og forholdet til forvaltningen

1. Organisasjonsforhold og bemanning

Pr. 31. desember 2004 hadde ombudsmannens kontor 39 stillinger, hvorav fem kontorsjefer, en assisterende kontorsjef og en administrasjonssjef. Kontoret hadde videre 21 juridiske saksbehandlerstillinger og ti stillinger knyttet til administrasjonen. IT-støtte leies inn på timebasis. Den assisterende kontorsjefen er gitt delvis tjenestefri for å arbeide som sekretær for Stortingets utvalg for EOS-tjenestene. I tillegg ble utvalget bistått med ytterligere en 20 % sekretærfunksjon frem til 1. september 2004. Sekretærfunksjonen ble utført av en rådgiver som ble gitt tilsvarende tjenestefri fra mitt kontor.

Ombudsmannens kontor er delt inn i fire fagavdelinger med hver sine arbeidsområder. Den enkelte fagavdelings arbeidsområde fremgår av organisasjonskartet i vedlegg 1a til denne årsmeldingen. Hver avdeling ledes av en kontorsjef. Fordelingen av ombudsmannens juridiske medarbeidere på de fire fagavdelingene fremgår av personaloversikten i vedlegg 1b. Administrasjonens sammensetning og arbeidsoppgaver fremgår også av de vedlagte oversikter.

Omorganiseringen fra 1. oktober 2002 ble evaluert i november 2004. Inndelingen i fagavdelinger som har gitt en større grad av spesialisering innenfor de juridiske fagområder, blir betraktet som vellykket også av de som tidligere var skeptikere. Tilhørighet til en avdeling og nærhet til en kontorsjef blir sett på som meget positivt. I evalueringen fremkom det imidlertid at arbeidsbelastningen på de ulike fagavdelinger er noe ujevn. I oppfølgingen av evalueringen vil dette bli vurdert med henblikk på en jevnere fordeling av arbeidsområder og saker og derved også bemanning. Når det gjelder i hvilken grad omorganiseringen har virket inn på min rolle som ombudsmann og virksomheten generelt, har jeg omtalt dette i pkt. 4 i dette kapitlet.

Innføring av nytt arkivsystem 1. mars 2004 og elektronisk saksbehandling 1. mai har vært en stor utfordring og ekstra arbeidsbelastning for de fleste ansatte. Innføringen har grunnet solid forarbeid og en positiv innstilling gått lang bedre enn forventet. Gjennomstrømmingen av saker ble bare i liten grad berørt. Elektronisk saksbehandling har ført til store endringer i saksbehandlerrutinene som har blitt mer oversiktlige og effektive. Så lenge vi også opprettholder papirbasert arkiv og korrespondanse er belastningen på arkivpersonalet blitt større, blant annet

grunnet skanning. Saksbehandlere og ledere har også på enkelte felt overtatt oppgaver som tidligere ble gjort av kontorpersonelet. Det arbeides med overføring av nye oppgaver til kontorpersonelet fra saksbehandlere.

2. Likestilling

Beskrivelse av faktisk tilstand

Forholdstallet mellom kvinner og menn ved ombudsmannens kontor pr. 31.12.04 ut fra et samlet antall på 42 personer (39 årsverk) var som følger:

Kvinner: 28 – 66.7 %
Menn: 14 – 33.3 %

I ledergruppen var det i tillegg til ombudsmannen seks personer, fem kontorsjefer og en administrasjonssjef. (en kontorsjef har spesialoppdrag og tas ikke med i statistikken for ledergruppen)

Kvinner: 2 – 40.0 % – inklusive ombudsmannen 33.3 %
Menn: 3 – 60.0% – inklusive ombudsmannen 66.6 %

I de fire nestlederfunksjoner i hver avdeling er det fire kvinner, 100 %.

Av de 24 juridiske saksbehandlere (inklusive nestledere) er det:

Kvinner: 15 – 62.5 %
Menn: 9 – 37.5 %

I administrasjonen er det 11 kvinner, 100 %.

Lønn

Ombudsmannens kontor har en stillingsstruktur og lønnspolitikk som gir like muligheter for alle i forhold til lønnsopprykk og avansement. Kontorsjefene er likt lønnet. Av de juridiske saksbehandlerne er det 13 seniorrådgivere, fire menn og ni kvinner, syv rådgivere, to menn og fem kvinner, fire førstekonsulenter, tre menn og en kvinne.

Administrasjonen fordeler seg med en rådgiver, en førstekonsulent og ni konsulenter.

Arbeidstid

Deltidsarbeid fordeler seg slik:

	Heltid	Deltid
Juridiske saksbehandlere:		
Kvinner:	10	5
Menn:	9	0

Administrasjonen:

Kvinner:	8	3
----------	---	---

Overtid fordeler seg slik:

	Antall overtidstimer
Juridiske saksbehandlere:	1296 timer
Kvinner:	475 timer
Menn:	821 timer
Administrasjonen:	562 timer
Kvinner:	562 timer

Iverksatte tiltak

Ombudsmannen har en enhetlig lønnspolitikk og stillingsstruktur.

Ved rekruttering søkes en jevn kjønns sammensetning.

Alle tilsatte har like muligheter til kompetanseheving.

Arbeidstidsbestemmelsene og praktiseringen av disse er lagt til rette for fleksibel bruk både for kvinner og menn, det samme gjelder muligheter for permisjoner i forhold til omsorg og til karriereutvikling.

Planlagte tiltak

Ombudsmannen retter i sin praktisering av personalpolitikken oppmerksomhet på kjønnsrelaterte spørsmål og legger løpende til rette for best mulig tilpassing for den enkelte.

3. Arbeidsåret 2004

I 2004 mottok kontoret 1932 klager på forvaltningen, 166 færre enn i 2003. I tillegg tok jeg opp 18 saker etter eget initiativ. 2035 saker ble avsluttet (ferdigbehandlet) i 2004. Dette var 108 færre enn i 2003. 1107 saker ble realitetsbehandlet. Det ble gitt uttrykk for kritikk i 161 av de realitetsbehandlede sakene. Til sammenligning ble 1169 saker realitetsbehandlet i 2003, hvorav 192 ble avsluttet med kritikk eller henstilling til forvaltningen. Til sammen ble 928 klager avvist, uten realitetsbehandling. For over 40 % av disse klagenes var avvisningsgrunnen at klageren ikke hadde utnyttet klagemulighetene innen forvaltningen fullt ut før ombudsmannen ble anmodet om å undersøke saken nærmere. Ved årets slutt var saksbeholdningen på 333 saker, en reduksjon på 90 sammenlignet med saksbeholdningen ved utgangen av 2003. Kapittel IV inneholder detaljerte statistikker, oversikter og redegjørelse for utfallet av sakene som ble behandlet i 2004.

I løpet av året har flere forvaltningsorganer vært besøkt. Kontakt med forvaltningen er viktig av flere grunner. For det første bidrar besøkene til å styrke kunnskapen om hvordan saksbehandlingen foregår i forvaltningen og hvilke utfordringer og problemer ulike forvaltningsorgan står overfor. På den måten blir kontoret bedre rustet til å behandle klager. For det andre gjør kontakten med forvaltningen det mulig å orientere om ombudsmannens oppgaver og arbeid og å gjøre forvaltningen kjent med hvilke forventninger jeg har til oppfølgingen av mine konklusjoner og anbefalinger. Av den grunn holder jeg og mine medarbeidere også hvert år en del foredrag/forelesninger, bl.a. i forvaltningen. I pkt. 6 nedenfor er det gitt en nærmere oversikt over besøk og møter med forvaltningen i meldingsåret. En del av min virksomhet i 2004 gjaldt dessuten ulike former for kontakt med utlandet. I pkt. 7 nedenfor omtales dette arbeidet nærmere.

I løpet av året har flere forvaltningsorganer vært besøkt. Kontakt med forvaltningen er viktig av flere grunner. For det første bidrar besøkene til å styrke kunnskapen om hvordan saksbehandlingen foregår i forvaltningen og hvilke utfordringer og problemer ulike forvaltningsorgan står overfor. På den måten blir kontoret bedre rustet til å behandle klager. For det andre gjør kontakten med forvaltningen det mulig å orientere om ombudsmannens oppgaver og arbeid og å gjøre forvaltningen kjent med hvilke forventninger jeg har til oppfølgingen av mine konklusjoner og anbefalinger. Av den grunn holder jeg og mine medarbeidere også hvert år en del foredrag/forelesninger, bl.a. i forvaltningen. I pkt. 6 nedenfor er det gitt en nærmere oversikt over besøk og møter med forvaltningen i meldingsåret. En del av min virksomhet i 2004 gjaldt dessuten ulike former for kontakt med utlandet. I pkt. 7 nedenfor omtales dette arbeidet nærmere.

4. Tiltak for å effektivisere saksbehandlingen ved ombudsmannens kontor

Hva kan Sivilombudsmannen gjøre for bedre å kunne bidra til å fremme rett og hindre og motarbeide at feil eller urett gjøres mot den enkelte borger?

Sivilombudsmannen er forankret i den demokratiske kontrollmakten til Stortinget. Ombudsmannen skal være et virkemiddel for de folkevalgte til å sikre at lovgivningen blir iverksatt og praktisert i samsvar med de vedtak de folkevalgte har truffet.

Sivilombudsmannen er en særegen institusjon i styringsverket. Selv om ombudsmannen velges av Stortinget, skal ombudsmannen ikke være et virkemiddel i Stortingets arbeid. Ombudsmannen skal være selvstendig og uavhengig, både av forvaltningen og Stortinget, og skal heller ikke være noen representant for dem som klager til han. Nettopp institusjonens selvstendighet og uavhengighet bidrar til å gi institusjonen legitimitet og autoritet.

Ulike virkemidler er stilt til ombudsmannens disposisjon. Først og fremst har ombudsmannen en rett til innsyn i dokumenter, en rett til å stille spørsmål og få svar og en rett til å komme til i forvaltningen. Ombudsmannsinstitusjonen kan sies å være en permanent stående granskingskommisjon. Hver sak ombudsmannen setter i verk blir et granskingsoppdrag der mandatet bestemmes av ombudsmannen i lys av klagen. I tillegg til de undersøkelser klagen fører til, kan ombudsmannen selv sette i verk granskinger. Denne muligheten er meget vid, men brukes i beskjeden utstrekning.

Dernest kan ombudsmannen si sin mening. På den måten kan ombudsmannen ikke bare refse og kritisere, men også gi uttrykk for rettsoppfatninger

som kan være til rettledning og veiledning for borgerne og myndighetene. Ombudsmannen kan dermed på sitt arbeidsområde bidra til å skape rettsenhet, rettsutvikling og rettsavklaring.

Ombudsmannen kan ikke treffe rettslig bindende avgjørelser. Det er derfor viktig at de undersøkelser ombudsmannen setter i verk kan gjennomføres så raskt og effektivt som mulig. Undersøkelsene kan sies å måtte skje i flere etapper. I første omgang må ombudsmannen foreta en foreløpig undersøkelse for å bringe klarhet i om en nærmere undersøkelse skal settes i gang. Det må avklares om det er «tilstrekkelig grunn» til å sette i verk en undersøkelse, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. En nærmere undersøkelse innebærer at forvaltningen og dens tjenestemenn blir forelagt spørsmål med krav om utredning, redegjørelse og svar. Før slike nærmere undersøkelser blir iverksatt, er det viktig at det fra ombudsmannens side gjøres grundige forundersøkelser. Undersøkelser kan skape forventninger hos klageren og arbeidsbelastning for forvaltningen.

Det krever tid å skulle gi utførlige redegjørelser for de rettslige spørsmål i saken. For å kunne gi raske svar, har jeg satt i verk flere tiltak for å effektivisere arbeidet med de foreløpige undersøkelsene. Blant annet kan det gis noe kortere redegjørelser for avgjørelsene som avslutter klagesakene fordi det ikke er funnet «tilstrekkelig grunn» til å gå i gang med nærmere undersøkelser, jf. ombudsmannsinstruksen § 6 første ledd.

Etter instruksens § 7 skal klageren gis underretning «snarest». Når klagesakene avsluttes på grunnlag av de foreløpige undersøkelsene, sendes klagen gjerne videre til rette myndighet for at denne skal bli oppmerksom på at klage er fremsatt til ombudsmannen. Mitt kontor underretter klageren om at klagesaken avsluttes. Imidlertid vil ombudsmannen løpende vurdere om det kan være grunn til å sette i verk undersøkelser av eget tiltak senere. Nye klager om samme forhold vil for eksempel kunne gi grunnlag for å gjøre det.

For å effektivisere de foreløpige undersøkelsene, har kontoret blitt inndelt i spesialiserte enheter med bestemte fagområder. Dette bidrar også til at behandlingstiden blir kortere. I meldingsåret har kontoret vært inndelt i fire avdelinger + en administrativ avdeling. Jeg har imidlertid kommet til at en femte avdeling nå skal opprettes.

Spesialiseringen og inndelingen i fagavdelinger gjør det også mulig å kunne effektivisere arbeidet med de såkalte eget tiltak-saker.

Det er videre innført elektronisk saksbehandling som i betydelig grad har bidratt til en effektivisering av saksbehandlingen.

Den faglige spesialiseringen, inndelingen av kontoret i fagavdelinger har gjort ombudsmannens kontor mer slagkraftig i undersøkelsesarbeidet. Den overveiende del av arbeidet har i alle år bestått i å undersøke enkeltklager fra borgerne. Ombudsman-

nen har fylt det tomrommet som fraværet av forvaltningsdomstoler representerer. Muligheten til å ta opp saker og spørsmål av eget tiltak, og gjennomføre systematiske eller bredere undersøkelser av aktuelle saksforhold har det vært vanskeligere å rydde tid og rom for. Omorganiseringen har nå lagt forholdene til rette for å kunne styrke denne delen av arbeidet. Sakstallet har i 2004 gått noe ned. Grunnene til dette kan være flere, men uansett vil dette gi ombudsmannen en mulighet til å ta flere saker opp av eget tiltak og å møte et økende antall klager som en mer aktiv utadrettet virksomhet måtte medføre.

Årsaken til at sakstallet har gått ned kan være flere. Ombudsmannsideen har slått rot i forvaltningen selv. Det er opprettet erstatnings-, klage-, tilsyns- og overprøvingsordninger som gir borgerne muligheter til å få andre uavhengige institusjoner og instanser til å prøve forvaltningens avgjørelser og særbehandling. Ombudsmannen har alltid skullet være den siste instans eller mulighet. Ombudsmannen skal vente til forvaltningen selv har ferdigbehandlet en sak. Ombudsmannskontrollen skal m.a.o. være etterfølgende.

Pasientombud, barneombud, forbrukerombud, forbrukerråd, likestillingsombud, datatilsyn, konkurransetilsyn, erstatningsnemnd for voldsofre, pasientskadeneemnd, KOFA, m.fl. er slike spesialiserte klage- og tilsynsordninger som bidrar til å redusere presset på Sivilombudsmannen. Arbeidet for ombudsmannen endrer seg også p.g.a. dette. For ombudsmannen vil kontrollarbeidet mer kunne bli innrettet med sikte på å bringe klarhet i om forvaltningens klageordninger virker tilfredsstillende.

De internasjonale perspektiver har blitt viktige. Norsk rett i sin alminnelighet og forvaltningsretten i særdeleshet er under sterk internasjonal påvirkning. Særlig er EØS-arbeidet og innflytelsene fra EMK viktig. Et besøk hos EU-ombudsmannen og i EMD og i EFTA-domstolen i Luxemburg var meget instruktivt og nyttig.

En annen side ved det internasjonale er den store pågang jeg får fra hele verden med bønner om å bidra med informasjon, erfaring og opplysning om vårt folkestyre og våre klage- og tilsynsordninger i sin alminnelighet og ombudsmannsordningen i særdeleshet. Det er dessverre ikke mulig på langt nær å kunne imøtekomme disse ønskene, men vi gjør så godt vi kan. Spesialiseringen og organiseringen av kontoret vil kunne bidra til at dette blir enklere for fremtiden.

Kontakten med mine kolleger i andre land er også viktig. For det første gir den grunnlag for å prioritere arbeidet bedre. Det gir også inspirasjon til å ta opp aktuelle og viktige spørsmål her hjemme. Særlig er kontakten med mine nordiske kolleger meget nyttig.

Ombudsmannens adgang til å ta opp saker av eget tiltak er av betydning, blant annet fordi den gir muligheter til å ta fatt i spørsmål av prinsipiell inter-

esse og som berører mange mennesker. Valget av saker som tas opp av eget tiltak vil etter forholdene imidlertid lett kunne bli oppfattet som politisk innblanding eller standpunkttagen. Det kan derfor være ønskelig at publikum selv bringer sakene inn for ombudsmannen. Men det forutsetter at publikum er kjent med mulighetene for å bruke ombudsmannen. Den informasjon som gis utad om ombudsmannen og sakene han behandler må gi en realistisk oppfatning av de muligheter ombudsmannsinstitusjonen representerer. Informasjonen må være nøktern og virkelighetsnær. Her ligger viktige utfordringer. Ønskemålet og håpet er at presse og kringkasting, journalister og media, kan bidra til å formidle til publikum det viktige samfunnsoppdrag sivilombudsmannen har. Selv har jeg begrensede muligheter for å drive aktiv markedsføring. Det vil lett kunne skape uberettigede forventninger hos publikum til det institusjonen kan gjøre. Institusjonen skal som tillitsmann for Stortinget søke å hindre urett mot borgerne. Men, ombudsmannen skal ikke være en parts- eller interesserepresentant som opptrer på klagerens vegne mot myndighetene. Det er ikke alltid lett å få formidlet dette, særlig fordi det er opprettet så mange ombudsordninger med spesielle interesseoppdrag eller med oppgaver som går ut på å opptre på vegne av klagerne. Ombud som skal være talsperson for noen kan også prege publikums forventninger til sivilombudsmannen.

5. Informasjon om ombudsmannens virksomhet

Informasjon om ombudsmannsordningen er tilgjengelig på flere måter, både gjennom ulike medier som Internett og aviser, ved telefonhenvendelser hit og ved at forvaltningen informerer om institusjonen. I 2004 ble det registrert 1503 telefonhenvendelser hit uten tilknytning til konkrete klagesaker.

Som jeg orienterte om i meldingen i fjor, ble en ny og oppdatert versjon av ombudsmannens hjemmeside (www.sivilombudsmannen.no) tilgjengelig på Internett høsten 2003. I løpet av 2004 har kontoret videreutviklet arbeidet med hjemmesiden slik at den skal bli en tjenlig informasjonskanal og veileder til borgerne. Det tilbys både generell informasjon om ombudsmannen, og sentrale uttalelser fra ombudsmannen legges fortløpende ut i anonymisert og bearbeidet versjon. De fleste sakene som er lagt ut på hjemmesiden, blir også publisert i årsmeldingen. Internett-siden gjør det imidlertid mulig for flere å lese nyere saker før de kommer i ombudsmannens årsmelding, og siktemålet er å forenkle tilgangen til aktuelle saker for et bredere publikum. Videre finnes utvalgte foredrag og artikler, ombudsmannens årsmeldinger f.o.m. 1997, offentlig journal, klageveiviser og kontaktinformasjon på hjemmesiden. Hjemmesiden benyttes særlig av norske brukere, men også besøkende fra andre land er registrert som brukere. Arbeidet med å forbedre hjemmesiden pågår stadig.

I meldingen for 2003 viste jeg til at når den offentlige journal legges ut på Internett, blir det enklere for publikum å be om innsyn i ombudsmannens saksdokumenter. Dette ble bekreftet ved en økning i antall mottatte innsynbegjæringer i 2004. I løpet av 2004 ble det registrert 362 innsynsbegjæringer i ombudsmannens saksdokumenter (mot 183 begjæringer i 2003, og 225 innsynsbegjæringer i 2002). Av de 362 begjæringene, ble det gitt innsyn i 341 saker, hvorav 49 kun delvis, mens 21 innsynsbegjæringer ble avslått. Innsynsbegjæringer besvares normalt samme dag og senest i løpet av en til tre dager. På grunn av innføringen av et nytt arkiv- og saksbehandlersystem i 2004, var nettsidens offentlige journal i en periode ute av funksjon, så det antas at antall innsynsbegjæringer fremdeles kan komme til å øke noe. Reglene om dokumentoffentlighet hos ombudsmannen fremgår av ombudsmannsloven § 9 og ombudsmannsinstruksen § 11. Jeg finner på nytt grunn til å understreke at selv om ombudsmannens dokumenter i prinsippet er offentlige, setter hensynet til klagerne begrensninger. Jeg har gjort nærmere rede for dokumentoffentlighetsreglene i meldingen for 2001 s. 14–15, meldingen for 2002 s. 14–15 og meldingen for 2003 s. 13.

Ombudsmannens rolle er også synlig gjennom omtale i media, både av konkrete saker som behandles her, og omtale av institusjonen. Hovedomtalen skjer nok i aviser, og da særlig i mange lokalaviser som følger opp behandlingen av saker her som har betydning i deres lokalsamfunn.

6. Møter og besøk i forvaltningen

I løpet av meldingsåret har jeg og/eller mine medarbeidere hatt møter med blant annet disse organisasjonene og offentlige etatene: Økokrim, Skoleetaten i Oslo kommune, Senter mot etnisk diskriminering (SMED), Politidirektoratet, Oslo likningskontor, Likestillingscenteret v/likestillingsdirektøren, Utlendingsnemnda, Barne- og familiedepartementet, Skattedirektoratet og Finansdepartementet (fellesmøte), flere kommunale ombud (fellesmøte), Oslo kommunes klagenemnd, Juss-buss og Norsk senter for menneskerettigheter. To av mine medarbeidere møtte også et team fra Europarådets ekspertkomitee Greco (Group of States against Corruption) som var i Norge på komiteens andre evalueringsbesøk av Norge.

Det har videre vært avholdt møter med Fylkesmannen i Telemark og Fylkesmannen i Hordaland. Temaene for møtene har foruten en gjensidig orientering om virksomhetene blant annet vært alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål og særlig om saker etter sosialtjenesteloven, barnevernssaker og plan- og byggesaker, herunder om bygging i strandsonen og kommunenes dispensasjonspraksis.

Det har også i år vært avholdt besøk i fengsler. Besøkene gir meg mulighet for å komme i direkte

kontakt med innsatte for blant annet å gjøre ombudsmannsinstitusjonen bedre kjent for dem. Samtidig er det nyttig i møter med ledelsen å få kunnskap om de enkelte fengslene. I forkant av besøkene ble det avholdt et møte med Kriminalomsorgens sentrale forvaltning. Deretter ble Bergen fengsel og Bredtveit fengsel besøkt. Planlagte besøk til Ila fengsel, sikrings- og forvaringsanstalt og Ullersmo fengsel måtte dessverre avlyses. Det tas imidlertid sikte på å få i stand besøk ved disse og andre fengsler i løpet av 2005.

Jeg og mine medarbeidere har i meldingsåret i tillegg deltatt på flere seminarer/kurs og holdt en rekke foredrag og forelesninger. Dette er viktige bidrag i møte mellom ombudsmannsinstitusjonen og forvaltningen til gjensidige orienteringer om hverandres virksomhet.

7. Ombudsmannens kontakt med utlandet

Også i år har jeg mottatt besøkende fra en rekke land, med ulik bakgrunn. Alle har et ønske om informasjon om den norske ombudsmannens oppgaver, funksjoner og virke.

I meldingsåret har jeg hatt besøk av en av Litauens fem ombudsmenn, UNDP i India, en delegasjon med parlamentarikere fra Kenya, den tsjekkiske ambassadøren og en representant fra Høyesterett i Litauen. I juni mottok jeg en delegasjon fra PICCR (The Palestinian Independent Commission for Citizens Rights), en grunnlovskommisjon fra Zambia, en delegasjon med parlamentarikere fra Thailand og en delegasjon med dommere og advokater fra Nepal. Kontoret hadde i oktober besøk av en delegasjon fra CEMI (The Monitoring Centre) i Serbia og Montenegro.

En delegasjon fra the State Bureau for Letters and Complaints (SBLC) i Kina besøkte kontoret i september. I oktober var en delegasjon fra the Ministry of Supervision i Kina på besøk. Delegasjonene ble orientert om den norske ombudsmannsordningen, offentlighetsprinsippet og andre grunnleggende prinsipper i norsk forvaltningsrett.

I februar deltok jeg på et seminar i Stockholm om «Kontrollmakten og Justitieombudsmanns-ämbetet». Under seminaret redegjorde jeg for ombudsmannens oppgaver i Norge særlig knyttet til spørsmål om menneskerettigheter og den begrensede kontakten med EU, som ikke-medlem, men med tilknytning til det økonomiske markedet gjennom EØS-avtalen. I april deltok jeg på et seminar i Stockholm arrangert av Riksdagens Jubileumsfond om «Parlamentets ställning i författningen». I tilslutning til dette deltok jeg på et seminar om «Konstitusjonell minoritetsskydd».

I mai besøkte jeg den nederlandske ombudsmannen, Mr. Roel Fernhout. Formålet med besøket var å undersøke forholdene for såkalt «ureturnerbare asylsøkere» i Norge. Jeg hadde flere møter med de ne-

derlandske immigrasjonsmyndigheter og eksperter på utlendingsfeltet. Forholdet til de nederlandske forvaltningsdomstoler fikk jeg nærmere belyst ved et besøk i det nederlandske Council of State, den øverste forvaltningsdomstolen.

Senere i mai besøkte mitt kontor den danske ombudsmannen og hans kontor. Det ble holdt et felles seminar med foredrag i Folketinget og møter i grupper. Hensikten med seminaret var blant annet å se på organiseringen og bemanningen i Danmark i lys av vår egen omorganisering. Den danske ombudsmannens kontor er også spesialisert ved avdelinger, men har organisert seg på en noe annen måte enn den som er valgt hos oss. Seminaret i København ga nyttig erfaringsutveksling og innblikk i en alternativ organiseringsmodell.

Etter invitasjon fra Det norske universitetscenter i St. Petersburg og Institusjonen Fritt Ord, deltok jeg i juni på et seminar i St. Petersburg der jeg holdt et foredrag om «Ytringsfrihet og menneskerettigheter – sett fra sivilombudsmannens ståsted». Jeg hadde også samtaler med den russiske dumans ombudsmann for menneskerettigheter. Samme måned besøkte en av mine medarbeidere kontoret til ombudsmannen i Ukraina. Besøket ga anledning til gjensidig informasjonsutveksling om de to landenes ombudsmannsinstitusjoner.

Etter anmodning fra Utenriksdepartementet deltok også i år en av mine medarbeidere på den 8. rundebordkonferansen om menneskerettigheter i Beijing i juni 2004. Den norske delegasjonen, ledet av en statssekretær, var for øvrig sammensatt av representanter fra Høyesterett, Riksadvokaten, Justisdepartementet m.v. Den kinesiske delegasjonen bestod av representanter fra the National People's Congress og ulike justisorganer. Temaene som ble behandlet var fangers rettigheter, anholdtes rettigheter og arbeidstakers rettigheter. Foruten utveksling av informasjon om ovennevnte gruppers rettigheter etter begge lands nasjonal lovgivning, ble det presisert viktigheten av at det finnes effektive kontroll- og overvåkingsorgan som sikrer at de aktuelle rettighetene faktisk blir respektert i praksis. Fra vår side ble det orientert om ombudsmannens kontroll med fengselsforvaltningen i Norge.

I september deltok jeg på IOIs (International Ombudsman Institute) 8. ombudsmannskonferanse. Konferansen avholdes hvert fjerde år og ble i år holdt i Quebec, Canada, med deltakere fra over 70 land. Hovedtema for konferansen var «Balancing the Obligations of Citizenship with the Recognition of Individual Rights and Responsibilities – The Role of the Ombudsman».

I september hadde jeg også møter med Den europeiske ombudsmannen Mr. P. Nikoforos Diamandouros, Den europeiske menneskerettsdomstolen, begge i Strasbourg, samt EFTA-domstolen i Luxembourg. Formålet med møtene var et ønske om nærmere kjennskap til disse europeiske institusjonenes

virke og anvendelse av internasjonale rettsregler. En av mine medarbeidere var i oktober til stede under markeringen av EFTA-domstolens 10-års jubileum i Luxembourg.

Etter invitasjon fra den danske ombudsmannen og det danske utenriksdepartementet deltok jeg i oktober på en ombudsmannskonferanse i Amman, Jordan. Konferansen ble holdt som ledd i et dansk-jordansk samarbeid for å undersøke muligheten av å etablere en ombudsmannsinstitusjon i Jordan. I den forbindelse var det ønskelig med erfaringer fra også andre land med en ombudsmannsinstitusjon og jeg holdt et foredrag om «The Ombudsman's relation to Parliament, the Executive Power, Media and Civil Society». På konferansen deltok blant annet repre-

sentanter fra den jordanske sentraladministrasjon, parlamentet og dommerstanden samt offisielle representanter fra Syria, Libanon og de palestinske selvstyreområdene.

Vestnordisk ombudsmannsmøte ble holdt på Island i slutten av oktober. Ombudsmennene fra Danmark, Grønland, Færøyene, Island og Norge deltok, og felles problemstillinger for de fem institusjonene ble drøftet.

Ved brev 23. juni 2004 meldte den norske ombudsmannsinstitusjonen seg ut av organisasjonen the European Ombudsman Institute (EOI). Utmeldingen skjedde i samråd med de andre nordiske ombudsmennene.

II. Noen forvaltningsrettslige spørsmål av generell interesse

1. Åpenhet om forvaltningens beslutningsprosesser – offentlighetsloven § 5

Innledning

Offentlighetsloven innførte dokumentoffentlighet som hovedregel i norsk forvaltning. Paragraf 2 første ledd slår fast at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov.

Lovens § 5 gir adgang, men ikke plikt, til å unnta forvaltningens interne dokumenter fra offentlighet. Dokumenter som forvaltningsorganet selv har utarbeidet for sin interne saksforberedelse, kan unntas i medhold av bestemmelsens første ledd. Etter annet ledd gjelder det samme for dokumenter for den interne saksforberedelsen som er utarbeidet av et underordnet organ, av særlige rådgivere eller sakkyndige eller av et departement til bruk i et annet departement.

Forvaltningen skal imidlertid vurdere om interne dokumenter – til tross for at de *kan* unntas – «likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis», jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd. Vurderingstemaet i den såkalte meroffentlighetsvurderingen er om de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i den foreliggende saken i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring, se nærmere nedenfor. Adgangen til unntak i offentlighetsloven § 5 er særlig begrunnet med behovet for en fri og fortrolig meningsutveksling innad i forvaltningen under forberedelsen av saker. Adgangen til å utarbeide interne utkast, betenkninger mv. uten at allmennheten har et ubetinget krav på innsyn, vil kunne sikre kvaliteten i arbeidet ved at mothensyn og avvikende synsmåter lettere kommer frem før en endelig avgjørelse treffes.¹ Dessuten vil interne notater generelt ikke ha «samme kvalitet som det endelige vedtak og begrunnelse», og det er vanskelig å gi alle interne notater «en form og oppbygging som egner seg for presentasjon utad».²

Jeg har hatt til behandling en rekke saker om anvendelsen av offentlighetsloven § 5, og ikke sjelden har jeg funnet grunn til å kritisere forvaltningens rettsanvendelse. I flere sammenhenger har jeg søkt å presisere bestemmelsens anvendelsesområde. Det har bl.a. vært nødvendig å redegjøre for hva det vil si

at et dokument er utarbeidet *for saksforberedelsen*,³ og for når et dokument er *internt*.⁴ De fleste av mine undersøkelser av avslag på innsyn i interne dokumenter, har imidlertid rettet seg mot forvaltningens meroffentlighetsvurdering. Nedenfor vil jeg søke å redegjøre for mitt syn på noen av de forhold som er sentrale i denne vurderingen for interne dokumenter, og som ofte er kommet opp i klagesakene her.

Meroffentlighet

Bestemmelsen om meroffentlighet i offentlighetsloven § 2 tredje ledd ble tatt inn i loven i 1982, og formålet var nettopp å bidra til meroffentlighet ved å tydeliggjøre at spørsmålet om meroffentlighet inngår i vurderingen av om det skal gis innsyn i dokumenter som *kan* unntas fra offentlighet. Etter lovendringen i 1993 har forvaltningen en *rettslig plikt* til å vurdere meroffentlighet, og jeg har flere ganger måttet påtale at denne vurderingen overhodet ikke er foretatt. Det er videre min erfaring at det ofte blir gitt innsyn uten videre undersøkelser herfra når det først foretas en reell meroffentlighetsvurdering, især i forhold til dokumenter som kan unntas etter § 5.

Vurderingstemaet etter § 2 tredje ledd er som nevnt om de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i den foreliggende saken i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring. Det må foreligge et reelt og saklig behov for å unnta de aktuelle opplysningene for at innsyn skal kunne nektes. Vurderingen må foretas konkret, og nektelse av innsyn kan ikke følge av «etablert praksis», slik Olje- og energidepartementet fremholdt i saken om innsyn i innspill fra Fiskeridepartementet og Miljøverndepartementet vedrørende utlysning av blokker på norsk sokkel.⁵ I denne saken fant jeg for øvrig grunn til å presisere at også hensyn som taler *for* offentlighet, inngår i meroffentlighetsvurderingen, og at slike hensyn kan hentes i begrunnelsen for offentlighetsprinsippet.

Det vil ofte være aktuelt å utvise hel eller delvis meroffentlighet for dokumenter som faller inn under unntakshjemmelen i § 5, bl.a. fordi hensynene bak bestemmelsen ikke alltid gjør seg gjeldende med tilstrekkelig styrke i forhold til hensyn som taler for offentlighet. Det er som nevnt særlig hensynet til å

¹ Ot.prp. nr. 3 (1976 – 1977) s. 76

² Op. cit. s. 75

³ Se f.eks. meldingene 1992 s. 101 og 1998 s. 123

⁴ Se bl.a. meldingene 1999 s. 127 og 139 og 2003 s. 52

⁵ Jf. årets melding s. 55

kunne foreta frimodige vurderinger av politiske spørsmål innad i forvaltningen som begrunner unntaksadgangen for interne dokumenter. Jeg har flere ganger påtalt at dokumenter er unntatt offentlighet i medhold av § 5 til tross for at de vanskelig kan sies å være knyttet til forvaltningens behov for fri og fortrolig meningsutveksling under saksforberedelsen. I en sak som gjaldt innsyn i Fiskeridepartementets uttalelse til Miljøverndepartementet om kystvernplan for Nordland,⁶ fremholdt jeg på denne bakgrunn:

«Uttalelsen har i all hovedsak et faglig innhold knyttet til departementets sektorområde. Som ledd i departementets saksbehandling har saken vært oversendt Havforskningsinstituttet, Fiskeridirektoratet og Kystdirektoratet for vurdering, og uttalelsene fra disse fagorganene er innarbeidet i departementets brev. Jeg viser her til Regjeringens uttalelser i St.meld. nr. 32 (1997–1998) kapittel 5.4.4.3 om at «departementets høringsuttalelser med faglige synspunkter og faktiske opplysninger bør avgis som ledd i den alminnelige høringsrunden, mens fortrolige politiske vurderinger kan gis til kjenne på annen måte», for eksempel i forbindelse med forberedelsen av et regjeringsnotat. Jeg viser også til uttalelsen i Innst. S. nr. 21 (1998–1999) nevnt ovenfor, hvor det heter at «uenighet mellom departementer om hvordan en sak bør behandles, bør ikke i seg selv medføre unntak fra offentlighet». Etter mitt syn er det nettopp dette som er tilfelle når det gjelder denne konkrete uttalelsen. Det er åpenbart uenighet mellom departementene, men denne uenigheten har ikke gitt seg utslag i fortrolige politiske vurderinger, men er holdt på et faglig nivå på dette stadiet i saksbehandlingen av verneplanen.»

Jeg gjorde gjeldende lignende synspunkter i saken i årets melding s. 55, men fant grunn til å presisere at det i saker som dette ikke alltid kan trekkes et altfor skarpt skille mellom fag og politikk.

Sakene illustrerer at interne dokumenter i saker som vil kunne uti statsrådsbehandling, i en del tilfeller vil kunne unntas fra offentlighet. I saken om kystvernplan for Nordland påpekte jeg imidlertid at det også da må foretas en konkret vurdering:

«Mange saker vil kunne uti statsrådsbehandling uten at det kan påvises noe reelt og saklig behov for å unnta de enkelte dokumenter i saken fra offentlighet. Uttalelsen i Innst. S. nr. 21 (1998–1999) må antas særlig å sikte til dokumenter i forbindelse med utarbeidelse av regjeringsnotater, utkast til regjeringsnotater og eventuelle andre dokumenter hvor det utveksles fortrolige politiske vurderinger i forkant av statsrådsbehandlingen.»

Videre vil slike saker undertiden gjelde forhold av allmenn interesse. Dette vil i så fall være et tungtveiende hensyn for offentlighet, som forvaltningen

nok ikke alltid ser tilstrekkelig hen til i meroffentlighetsvurderingen for interne dokumenter.⁷

Det er i denne sammenheng grunn til å understreke at åpenhet om beslutningsprosessen i politiske saker med allmenn interesse vil kunne bidra til å styrke forvaltningens legitimitet og integritet. I årets melding s. 55 fremholder jeg at det neppe er egnet til å svekke tilliten til forvaltningen at borgerne blir kjent med at forskjellige forvaltningsorganer har ulike synspunkter. Tvert i mot kan det øke respekten og forståelsen for de avgjørelser som treffes at publikum blir kjent med at en saks utfall er resultat av brede drøftelser hvor sentrale for- og motargumenter har blitt belyst og analysert.

Dette vil samtidig gjøre det mulig for borgerne å si sin mening på et informert grunnlag. Borgerne vil således få et sterkere incitament til å ta del i samfunnsdebatten,⁸ og derved bidra til å opplyse det aktuelle spørsmålet. Dette er hensyn som kan tale for å utvise meroffentlighet for interne dokumenter.

Åpenhet vil også kunne bidra til bedre resultater fordi borgerne da kan føre kontroll med myndighetsutøvelsen. Justiskomiteen påpekte i forbindelse med lovendringen i 1982 at forvaltningen har en alminnelig oppfordring til å praktisere unntaksbestemmelsen for interne dokumenter «med almenhetens krav om å få kunnskap om forvaltningens egentlige beveggrunner, for øye».⁹

I enkeltsaker vil man kunne få et riktigere resultat, idet man kjenner borgernes behov bedre. Åpenhet om interne prosesser vil dessuten kunne bidra til å minske faren for usaklig forskjellsbehandling. Offentlighetsloven § 5 kan her ses i sammenheng med reglene i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 om partsoffentlighet, idet et grunnleggende hensyn bak begge regelsettene kan sies å være å bidra til opplysning av en saks faktiske og rettslige sider.

Etter forvaltningsloven § 18 fjerde ledd har en part normalt rett til å gjøre seg kjent med de deler av et internt dokument som inneholder faktiske opplysninger. Offentlighetsloven § 5 har ikke en tilsvarende bestemmelse, men det vil ofte være grunn til å gjøre kjent faktiske opplysninger i dokumenter som i utgangspunktet faller inn under § 5, idet hensynet til en fri meningsutveksling om politiske spørsmål ofte ikke vil treffe så godt på de deler av interne dokumenter som inneholder faktiske opplysninger.¹⁰

Sondringen mellom faktiske opplysninger og politiske vurderinger illustrerer for øvrig betydningen av at det foretas en konkret vurdering av de ulike delene av dokumentet, og at det for interne dokumenter ofte vil være grunn til å utvise *delvis* meroffentlig-

⁷ Se meldingene 1998 s. 115 og 1999 s. 125

⁸ St.meld. nr. 32 (1997–1998) kapittel 5.4.4.1

⁹ Justiskomiteens uttalelse i Innst. O. nr. 40 (1981–82)

¹⁰ St.meld. nr. 32 (1997–1998) kapittel 5.4.4.6 og meldingene 1999 s. 125 og 2000 s. 80

⁶ Se meldingen 2002 s. 99

het. Det er mitt inntrykk at forvaltningen ikke alltid er seg dette tilstrekkelig bevisst.¹¹

Adgangen til å kunne unnta fortrolige interne drøftinger fra offentlighet er til dels begrunnet med at notater, utkast mv. gjerne har en form som ikke er egnet til presentasjon utad. Slike dokumenter har ofte et uformelt og uferdig preg, og kan således gi grunnlag for uriktige forventninger mv. om hvilket utfall den aktuelle saken vil få. Dette gjelder nok især dokumenter som kan unntas i medhold av offentlighetsloven § 5 første ledd. I en sak kritiserte jeg imidlertid et avslag på krav om innsyn i manuskriptene til daværende olje- og energiministers foredrag ved to oljepolitiske konferanser.¹²

Dokumenter som er utarbeidet av eksterne rådgivere mv. vil gjerne ha et mer gjennomarbeidet og ferdig preg, og gir ofte i mindre grad uttrykk for fortrolige vurderinger. Det vil derfor normalt være større grunn til å utvise meroffentlighet for dokumenter som kan unntas etter § 5 annet ledd.¹³ Det er min erfaring at forvaltningen ikke alltid følger opp lovens intensjoner på dette punktet.

Behovet for å unnta interne vurderinger fra offentlighet vil normalt være mindre når det er truffet avgjørelse i den aktuelle saken, og det må kunne antas at beskyttelsesbehovet vanligvis avtar ytterligere med tiden. Tidsmomentet vil derfor ofte være av betydning i meroffentlighetsvurderingen for interne dokumenter. I Europarådets rekommandasjon (2002) 2 pkt. IV nr. 3 oppfordres medlemsstatene til å vurdere å sette tidsgrenser for hvor lenge unntaksgrunnene kan ha gyldighet.

Jeg har flere ganger vært i tvil om forvaltningen har vektlagt tidsmomentet i tilstrekkelig grad, blant annet i en sak om innsyn i møtoreferater om programarbeidet for OL på Lillehammer.¹⁴ Det var på tidspunktet for Kulturdepartementets avslag over åtte år siden det aktuelle møtet, og om lag fire år siden OL på Lillehammer.¹⁵

På den annen side må det kunne legges vekt på de mer langsiktige følgene av at det gis innsyn i interne dokumenter. Det må kunne sees hen til at innsyn kan føre til mindre åpen og fri meningsbrytning forvaltningsorganene imellom *i senere saker*. I saken referert i årets melding s. 55 ga jeg uttrykk for at slike hensyn gjør seg særlig gjeldende i saker hvor departementene fungerer som sekretariater for Regjeringen. Jeg kunne imidlertid ikke se at offentliggjøring av slike dokumenter i etterkant med påfølgende offentlig debatt i alle tilfeller vil være uforenlig med Regjeringens arbeid og arbeidsmetoder.

Offentliggjøring av interne dokumenter kan føre til at forvaltningen i senere saker i mindre grad kom-

muniserer skriftlig. Offentliggjøring vil kunne få betydning ut over den konkrete saken dersom saksbehandlerne må legge stor vekt på formuleringer i interne notater. Ved en anledning uttalte jeg at hensynet til at offentliggjøring ville kunne få betydning ut over den konkrete saken dersom saksbehandler heretter måtte legge «stor vekt på formuleringer i interne notater», var av generell karakter.¹⁶ Jeg fortsatte:

«Dette er likevel et hensyn som det er relevant å tillegge vekt ved vurderingen av om det skal utvises meroffentlighet i tilknytning til et dokument som kan unntas etter § 5 første ledd. Faren for at offentliggjøring av interne dokumenter vil føre til at forvaltningen i større grad velger muntlige kommunikasjonsformer, er bl.a. påpekt i St. meld. nr. 32 (1997–98). Også dette mothensynet må imidlertid vurderes konkret i forhold til bl.a. notatets form og innhold og om det er et ledd i saksforberedelsen av en aktuell sak».

Sammenfattende vurderinger om meroffentlighet for interne dokumenter

For en del dokumenter, kan unntaksadgangen etter offentlighetsloven § 5 ha gode grunner for seg. Mitt inntrykk er imidlertid at interne dokumenter nok unntas i medhold av bestemmelsen i større grad enn begrunnelsen for regelen tilsier. De undersøkelser som er gjort av meg og mitt kontor har vist at det især er forvaltningens meroffentlighetsvurdering som undertiden fremstår som mangelfull. Som det fremgår ovenfor, har det i en rekke saker vært grunn til å presisere at prinsippet om meroffentlighet i utgangspunktet tilsier at det må kreves tungtveiende grunner for å forsvare hemmelighold.¹⁷

En årsak til at praktiseringen av meroffentlighet for interne dokumenter i mange tilfeller har vært for restriktiv, kan være at unntaksadgangen i utgangspunktet ikke knytter seg til dokumentets innhold, men til dets status – det er i utgangspunktet tilstrekkelig at det er et internt dokument. Med særlig henblikk på offentlighetsloven § 5 uttalte jeg i min høringsuttalelse 26. april 2004 til forslaget til ny offentlighetslov at bestemmelser som knytter unntaksadgangen til dokumenters innhold synes å sikre en bedre gjennomføring av offentlighetsprinsippet. Jeg påpekte samtidig betydningen av at unntaksbestemmelsene i den nye loven gjøres tilstrekkelig klare, slik at rettsusikkerhet unngås, jf. også prinsippet i Europarådets rekommandasjon (2002) 2 pkt. IV.1 om at begrensninger i innsynsretten «should be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting». Den vage og skjønnsmessige ordlyden i of-

¹¹ Se f.eks. meldingen 1998 s. 115

¹² Se meldingen 1999 s. 139

¹³ St.meld. nr. 32 (1997–1998) kapittel 5.4.4.6

¹⁴ Se meldingen 1998 s. 117

¹⁵ Om tidsmomentet, se også meldingene 1998 s. 115, 1999 s. 125 og 2000 s. 80 og 87

¹⁶ Se meldingen 1998 s. 115

¹⁷ Dokument nr. 4:1 (1997–98) Sivilombudsmannens undersøkelse av praktiseringen av offentlighetsloven i Justisdepartementet pkt. 4.2.4

fentlighetsloven § 5 har nok bidratt til at bestemmelsen har blitt benyttet i større grad enn det som var lovgivers vilje, se også mine synspunkter i meldingen 1998 s. 15. Dette har også en side mot at unn-taksadgangen – ut fra min erfaring – normalt bør gjelde opplysninger og ikke hele dokumenter. Det er viktig at regler om dokumentoffentlighet er presise, tydelige og enkle å anvende – både for borgerne og forvaltningen.

Behovet for holdningsendringer

Mest av alt er nok graden av åpenhet om forvaltningens beslutningsprosesser likevel et spørsmål om holdning og kultur. Mitt erfaringsmateriale kan tyde på at selv om offentlighetsprinsippet ble lovfestet hos oss for mer enn 30 år siden, har det ennå ikke maktet å skape den holdningsendring i forvaltningen som innføringen av prinsippet tok sikte på. Dette gjelder især for interne dokumenter, og skyldes nok til en viss grad manglende kunnskap om regelverket og ikke minst om de hensyn som regelverket bygger på, jf. ovenfor. Ytterligere holdningsskapende arbeid og bevisstgjøring om offentlighetsprinsippet er nødvendig, jf. også oppfordringen i Europarådets rekommandasjon (2002) 2 pkt. X.¹⁸ Grunnlovsfestingen av prinsippet er i denne sammenheng et viktig signal som kan bidra til å understreke dets plass og betydning i forvaltningen.

2. Ombudsmannens høringsuttalelse til forslaget til ny offentlighetslov

Offentlighetsprinsippet skal sikre borgerne mulighet til å gjøre sitt syn gjeldende overfor myndighetene på informert grunnlag. Retten til innsyn i forvaltningens saksdokumenter er med andre ord en forutsetning for at den enkelte skal kunne delta i en demokratisk debatt og si sin begrunnede mening om forvaltningens virksomhet, både i enkeltsaker og generelt. Innsynsretten er også viktig for å kontrollere myndighetsutøvelsen og forvaltningens virksomhet. Samtidig sikrer reglene at borgerne kan ivareta sine egne interesser i saker som kommer den enkelte ved.

Offentlighetsprinsippet er en viktig del av ombudsmannsinstitusjonens idégrunnlag. Klage til ombudsmannen gir en mulighet for den enkelte til å få gjennomført en kontroll med forvaltningen og dermed en mulighet for innsyn i og påvirkning av forvaltningen. Innsyn i dokumentene i en forvaltnings-sak er viktig for å kunne inngi en begrunnet klage. Samtidig skal både offentlighet og ombudsmannsordningen bidra til å styrke tilliten til og forståelsen for forvaltningens virksomhet og avgjørelser.

Dette er noe av bakgrunnen for at jeg fant grunn til å gi en høringsuttalelse til NOU 2003: 30 Ny offentlighetslov.

I tillegg syntes det riktig å benytte anledningen til å formidle noen av de erfaringene jeg har på dette saksområdet. Sivilombudsmannen har siden nåværende lovs ikrafttreden, undersøkt en rekke forvaltningsavgjørelser vedrørende innsynsretten etter offentlighetsloven, og myndighetenes lovanvendelse har flere ganger vært kritisert. Videre har praktiseringen av offentlighetsloven i forvaltningen vært gjenstand for systematiske undersøkelser herfra, jf. Dokument nr. 4:1 (1997–1998) og Dokument nr. 4:1 (2000–2001).

I høringsuttalelsen påpekte jeg følgende:

«1. Journal

Den offentlige journalen «er nøkkelen til forvaltningens arkiver», jf. Innst. O. XIV (1969–70) s. 11. Adgang til en fullstendig journal er ofte en forutsetning for å kunne gjøre innsynsretten gjeldende. Det kan derfor i det videre arbeidet med ny offentlighetslov være grunn til å undersøke om arkivlovgivningen i tilstrekkelig grad sikrer grunnlaget for å gjøre innsynskrav gjeldende.

Ombudsmannen har særlig erfart at bestemmelsen i arkivforskriften 11. desember 1998 nr. 1193 § 2–6 første ledd tredje punktum om at det enkelte forvaltningsorgan registrerer organinterne dokumenter i journalen «så langt organet finn det tenleg», kan virke begrensende på muligheten for å fremsette krav i medhold av offentlighetsloven, jf. også NOU 1999: 27 Ytringsfrihed bør finne Sted s. 93 – 94. Det er uheldig, bl.a. fordi bestemmelsen gir adgang til å unnlate å journalføre dokumenter som kan være av stor allmenn interesse. Videre synes praksis etter bestemmelsen lite konsistent.

Det ovennevnte kan sees i sammenheng med betydningen av at alle dokumenter som faller inn under arkivforskriften § 2–6 første ledd annet punktum, journalføres. Klagesaksbehandlingen her har flere ganger avdekket at dokumenter som skal journalføres, ikke blir inntatt i journalen. Dette kan for eksempel skyldes at dokumentene mottas av den enkelte saksbehandler pr. e-brev, slik at arkivet ikke blir kjent med dem. Selv om dette problemet nok heller finner sin løsning gjennom veiledning mv. enn ved lovendring, synes det å være av et slikt omfang at jeg benytter denne anledningen til å fremheve det. Det er samtidig grunn til å påpeke at lovutkastet § 37 første ledd bokstav e) synes som et forslag med gode grunner for seg.

Videre har klagesaker om dokumentoffentlighet reist spørsmål i tilknytning til offentlighetslovens journalbegrep. Det har bl.a. vist seg at den teknologiske utviklingen kan sette det tradisjonelle journalbegrepet på prøve. I en sak jeg hadde til behandling i 2003 ble det reist spørsmål om et departements logger over inn- og utgående e-post var lignende register som journal. Dette besvarte jeg i den konkrete saken benektende, men saken illustrerer betydningen

¹⁸ Se meldingen 1998 s. 15

av at journalbegrepet i den nye offentlighetsloven utformes på en måte som tar høyde for den teknologiske utviklingen og samtidig ivaretar hensynene bak offentlighetsprinsippet.

2. *Innsynsprosessen mv.*

2.1 *Saksbehandlingstid for innsynskrav*

Jeg har tidligere lagt til grunn at de fleste innsynsbegjæringer bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter», jf. dokument nr. 4:1 (1997–1998) s. 11. Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld nr. 32 (1997–1998) s. 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–1999) s. 18. På denne bakgrunn har forvaltningens saksbehandlingstid for innsynskrav i flere saker vært gjenstand for ombudsmannens kritikk.

Rask saksbehandling er avgjørende for at innsynsretten skal bli reell, og i enkelte saker har jeg erfart at forvaltningens saksbehandlingstid har vært så vidt lang at begjæringen om innsyn har mistet sin aktualitet når forvaltningen treffer vedtak. Regelen som foreslås i lovutkastet § 37 annet ledd synes langt på vei å kunne bøte på dette problemet.

Det er grunn til å påpeke at hensynene bak kravet til rask saksbehandlingstid for innsynskrav også gjør seg gjeldende for henvendelser herfra i saker etter offentlighetsloven. Det kan sees slik at innsynssaker som bringes inn for ombudsmannen, først får sin endelige avgjørelse når behandlingen her er avsluttet. Betydningen av rask avklaring av spørsmål om innsyn er en viktig grunn til at arbeidet med disse sakene har høy prioritet ved mitt kontor.

2.2 *Skriftlighet*

Muntlige innsynsbegjæringer blir av og til bare besvart muntlig. Ombudsmannen har erfaring med at dette kan skape usikkerhet bl.a. om lovgrunnlaget for avslag. Jeg har derfor i en del saker uttalt at forvaltningsavgjørelser som blir meddelt muntlig, bør bekreftes skriftlig umiddelbart etterpå. En skriftlig bekreftelse vil bidra til klarhet og notoritet om forholdet, noe som bl.a. gir den enkelte et sikrere grunnlag for å påklage et avslag. I det videre lovarbeidet kan det derfor være grunn til å vurdere om det skal kreves at muntlige avslag alltid skal bekreftes skriftlig, og ikke bare når «det anmodes om skriftlig avslag», jf. lovutkastet § 36 første ledd annet punktum.

2.3 *Begrunnelse*

Begrunnelsesplikten for avslag på innsynsbegjæringer er etter gjeldende rett begrenset. Ombudsmannen har erfaring med at det i flere tilfeller ville vært gitt innsyn dersom avslag måtte begrunnes nærmere

med en gang. Det synes således som om en utvidet begrunnelsesplikt kan medvirke til en bedre gjennomføring av offentlighetsprinsippet idet avslag uten tilstrekkelig lovhjemmel i større grad unngås. Forslaget i lovutkastet § 36 tredje ledd har derfor etter mitt syn gode grunner for seg, og det kan være grunn til å utrede om ikke kravet om nærmere begrunnelse bør være absolutt. Jeg viser for øvrig til Europarådets rekommandasjon (2002) 2 pkt. VI.7, som oppstiller som et minimumskrav til medlemslandenes regler om dokumentoffentlighet at forvaltningen ved helt eller delvis avslag «should give the reasons for the refusal».

Ombudsmannen har flere ganger påpekt overfor forvaltningen at det bør fremgå av avslag på innsynsbegjæringer at såkalt meroffentlighet er vurdert. Det er antatt at dette kan sikre at slik vurdering foretas. Lovutkastet § 10 innebærer at forvaltningen plikter å gi innsyn dersom hensynene som taler for offentlighet veier tyngre enn hensynene som begrunner den aktuelle unntakshjemmelen, og det synes således lite treffende å videreføre begrepet meroffentlighet. Innholdet i vurderingen vil imidlertid langt på vei korrespondere med innholdet i dagens meroffentlighetsvurdering, jf. NOU 2003: 30 s. 260 flg. Det kan derfor være grunn til å vurdere om det i reglene om begrunnelse bør inntas et krav om at det fremkommer av avslag at vurdering etter utkastet § 10 er foretatt. Selv om anvendelse av bestemmelsen er en pliktig del av behandlingen av alle innsynskrav hvor det er unntaksadgang, vil dette kunne bidra til å ivareta utvalgets intensjoner med bestemmelsen slik de kommer til uttrykk på s. 105 i utredningen. Jeg finner i denne sammenheng grunn til å vise til det syn som kommer til uttrykk i EF-domstolens dom 22. januar 2004 i sak C-353/01 P, se især premiss 30–34.

2.4 *Kompetanse*

Ombudsmannens erfaringsmateriale kan tilsi at den endelige avgjørelsen av innsynsspørsmålet bør legges på et tilstrekkelig høyt nivå i organet, særlig når det er aktuelt å avslå en innsynsbegjæring, se også St.meld. nr. 32 (1997–98) pkt. 5.13.2.7. Det kan i det videre lovarbeidet være grunn til å vurdere om dette bør komme til uttrykk i loven. Kanskje kunne det også bidra til å understreke at offentlighet er lovens utgangspunkt og hovedregel.

3. *Materielt*

3.1 *Lovens virkeområde*

Det fremgår at utvalget har drøftet de problemstillinger som omorganisering av offentlig virksomhet innebærer. Det er viktig at nye organisasjonsformer ikke fører til at statlig og kommunal virksomhet faller utenfor offentlighetslovens virkeområde i større

grad enn det hensynene bak reglene om dokumentinnsyn tilsier. Jeg finner ikke grunn til å gå inn i alle enkelthetene i drøftelsene i NOU 2003: 30 kap. 6, men bare si meg enig i at lovens bestemmelser om anvendelsesområde bør utformes slik at offentlig virksomhet i liten grad kan «organiseres ut av offentlighetslovens virkeområde».

Samtidig er det et hensyn at en lov om den enkeltes rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter er tilgjengelig og anvendbar for alle. Det er ombudsmannens erfaring at den helhetsvurdering av virksomhetens art som gjeldende lov § 1 første ledd gir anvisning på, kan være vanskelig – både for borgerne og forvaltningen. Reglene om virkeområde i den nye loven bør ikke by på lignende tolkningsproblemer.

Jeg er usikker på om lovutkastet § 2 blir tilstrekkelig enkel å anvende. Bestemmelsen er lang, og det kan synes som om grensetilfellene har vært bestemmende for dens utforming. For at offentlighetsprinsippet skal ha tilstrekkelig gjennomslag, er det viktig at lovens hovedregel kommer klart frem.

Vedrørende lovens virkeområde vil jeg ellers bemerke at det er ombudsmannens erfaring at begrunnelsen for unntaket for statsforetak neppe rekker særlig langt. Jeg merker meg at utvalgets flertall foreslår at dette unntaket oppheves, jf. NOU 2003: 30 pkt. 6.9.4.

3.2 Unntakenes rekkevidde

Ombudsmannen har erfaring med at det fremdeles hersker usikkerhet om tolkningen og anvendelsen av enkelte av lovens unntaksbestemmelser. I en rekke saker har jeg måttet kritisere at unntaksbestemmelser i gjeldende lov har vært praktisert mer vidtrekkende enn det som var lovgivers intensjon. Dette skyldes nok bl.a. at en del unntak gir anvisning på nokså skjønnsmessige vurderinger, samt at noen bestemmelser er vidt formulert. Denne problemstillingen er ikke ny og bør belyses godt i det videre lovarbeidet. Utvalgets drøftelser i NOU 2003: 30 kap. 9 synes å være et godt utgangspunkt for denne prosessen. Jeg vil begrense mine merknader til å påpeke betydningen av at unntaksbestemmelsene gjøres tilstrekkelig klare, slik at rettsusikkerhet unngås, jf. også prinsippet i Europarådets rekommandasjon (2002) 2 pkt. IV.1.

Unntaksbestemmelsene i gjeldende lovs § 5 er eksempler på bestemmelser der jeg gjentatte ganger har påpekt at de har vært anvendt utover det hensynene bak bestemmelsene tilsier. Jeg vil bemerke at bestemmelser som knytter unntaksadgangen til dokumenters innhold synes å sikre en bedre gjennomføring av offentlighetsprinsippet. Dette har også en side mot at unntaksadgangen normalt bør gjelde opplysninger og ikke hele dokumenter, jf. NOU 2003: 30 pkt. 9.4.

Tendensen i praksis til å utvide rekkevidden av unntaksbestemmelsene er en av grunnene til at vurderingen etter gjeldende lovs § 2 tredje ledd ofte har stått sentralt i ombudsmannens undersøkelser av saker om dokumentinnsyn hvor det er unntaksadgang, men ikke unntaksplikt. Jeg har uttalt at det i den konkrete saken må foreligge et reelt og saklig behov for å unnta opplysninger fra offentlighet for at det ikke skal være grunnlag for såkalt meroffentlighet. Meroffentlighetsvurderingen kan ikke begrenses til eventuelle hensyn som tilsier at det ikke gis innsyn. Også hensyn som tilsier det motsatte – at det gis innsyn – må tas med i vurderingen. Det vises til at et sentralt formål med lovendringen i 1982 var å bidra til mer offentlighet.

Lovutkastet § 10 innebærer som nevnt ovenfor at det synes lite treffende å videreføre begrepet meroffentlighet. Innholdet i vurderingen vil imidlertid langt på vei være den samme, og det er derfor av betydning at utkastet § 10 i hvert fall ikke lemper på vurderingen. På grunnlag av redegjørelsen ovenfor for mitt syn på vurderingstemaet, finner jeg grunn til å stille spørsmål om utkastet § 10 etter ordlyden i tilstrekkelig grad gir uttrykk for at offentlighet er lovens utgangspunkt.

3.3 Vedlegg

Det er antatt at vedlegg og bilag til brev mv. normalt er selvstendige dokumenter i henhold til offentlighetslovens dokumentbegrep, jf. Arvid Frihagen, «Offentlighetsloven I», 3. utg., 1994 s. 245 og ombudsmannens årsmelding for 1991 s. 95–97. Når det begjæres innsyn i en forvaltningssaks dokumenter, må det følgelig også vurderes om det skal gis innsyn i eventuelle vedlegg/bilag. Ombudsmannen har erfart at denne vurderingen ikke alltid gjøres, men at forvaltningsorganets vurdering av innsynskravet begrenser seg til sakens hoveddokumenter. I det videre lovarbeidet kan det derfor være grunn til å utrede om det bør lov- eller forskriftsfestes at også eventuelle vedlegg/bilag er saksdokumenter som omfattes av et innsynskrav.

3.4 Søkerlister

Fra 1. januar 2001 gir offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 forvaltningen adgang til å unnta søkerne til offentlige stillinger fra oppføringen på den offentlige søkerlisten. Før lovendringen var navnene på søkerlisten ubetinget offentlige. Jeg har i enkeltsaker og overfor Stortinget, sist i Dokument nr. 4 (2003 – 2004) s. 20–21, gitt uttrykk for at det kan synes som om forvaltningen praktiserer bestemmelsen på en mer offentlighetsrestriktiv måte enn det som var lovgivers mening. Bestemmelsen har også i praksis vist seg ikke helt enkel å praktisere. Gode grunner kan tale for at det i forbindelse med det videre lovarbeidet også blir foretatt en nærmere evaluering av bestemmelsen.

4. Ombudsmannen

Utvalget peker flere steder på at Sivilombudsmannen har en viktig kontrollfunksjon på offentlighetslovens område. Det er også mitt inntrykk at dette er et rettsområde hvor ombudsmannens virke har hatt betydning, og at arbeidet her har bidratt til økt kunnskap om og forståelse for reglene om dokumentoffentlighet. Dette er en viktig årsak til at arbeidet med disse sakene har høy prioritet ved mitt kontor. Det synes derfor å ha gode grunner for seg at utvalgets flertall ikke foreslår å opprette kontrollordninger som kan endre ombudsmannens funksjon på dette rettsområdet. Ombudsmannen vil også i fremtiden søke å veilede borgerne og forvaltningen om innholdet i og hensynene bak reglene om dokumentoffentlighet, og dette må anses som en viktig del av ombudsmannens arbeidsområde.

5. Avsluttende merknader

Ombudsmannens erfaringsmateriale kan tyde på at selv om offentlighetsprinsippet ble lovfestet hos oss for mer enn 30 år siden, har det ennå ikke maktet å skape den holdningsendring i forvaltningen som innføringen av prinsippet tok sikte på. Jeg finner i denne sammenheng grunn til å peke på at en grunnlovsfesting av offentlighetsprinsippet kan ha gode grunner for seg bl.a. fordi det ville kunne bidra til å understreke offentlighetsprinsippets plass og betydning i forvaltningen, jf. St.meld. nr. 26 (2003–2004) om endring av Grunnloven § 100, kap. 6.

Slik regjeringen pekte på i St.meld. nr. 32 (1997–1998) s. 91 og 106–108, kan en mangelfull praktisering av lovens intensjoner bl.a. skyldes holdninger og manglende kunnskap i forvaltningen. For å sikre en bedre gjennomføring av offentlighetsprinsippet, er det derfor viktig at den nye offentlighetsloven blir tilstrekkelig tydelig, forståelig og anvendbar – både for borgerne og forvaltningen. Det må has for øye at loven i stor utstrekning skal anvendes av forvaltningspersonale uten juridisk utdanning. Det er ombudsmannens erfaring at det kan være vanskelig å orientere seg i dagens regelverk, og jeg vil derfor advare mot at den nye loven blir særlig mer omfattende enn dagens. Jeg ser med en viss uro at lovforslaget er blitt så vidt omfattende, til dels også komplisert i sine formuleringer. Jeg er også usikker på om det tilstrekkelig klart fremgår at det er unntak fra offentlighet som må begrunnes, og ikke omvendt. Det er ellers i denne sammenheng grunn til å vise til Europarådets rekommendasjon (2002) 2 pkt. X og XI.»

3. Barnevern

Det er viktig å ha et særlig fokus på rettsområder der barn er involvert. Ombudsmannen har en spesiell oppfordring og et særskilt ansvar for å ta opp saker av eget initiativ når det gjelder forhold som berører

barns rettssikkerhet. Ombudsmannen har fulgt arbeidet med innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov. Jeg har også gjennomgått rettsområder der barns rettssikkerhet berøres for å søke å få en oversikt over hvordan reglene i dag fungerer i praksis og hvilke spørsmål ombudsmannen bør ha fokus på. Særlig barn som har behov for omsorgsovertakelse, eller andre barnevernstiltak, eller som er plassert etter slikt vedtak, er i en situasjon der rettssikkerhet blir et sentralt tema. Nedenfor skal jeg redegjøre for noen av de rettsområdene jeg har sett nærmere på og som jeg fortsatt vil ha oppmerksomheten rettet mot.

Barnekonvensjonen

Jeg har som nevnt fulgt arbeidet med å innarbeide barnekonvensjonen i norsk lov. Jeg tok også initiativ til et møte med Barne- og familiedepartementet i august 2004. Her fikk jeg en nærmere redegjørelse for departementets arbeid. Konvensjonens bestemmelse om barns rett til å bli hørt og si sin mening var et sentralt tema ved Stortingets behandling av implementeringen, og departementet ga uttrykk for at det arbeides med å etablere prosesser som sikrer at barn blir hørt. For øvrig har departementet arbeidet med å gjøre konvensjonen kjent, og herunder utarbeidet informasjonsmateriale og opplegg for opplæring av kommuneansatte og politikere. Noen nye retningslinjer var også under utarbeiding i forhold til de konkrete endringer som er gjort i barnevernlov og adopsjonslov. Departementet redegjorde på møtet også for sitt engasjement i arbeidet med omsorg for enslige mindreårige asylsøkere. Flere organisasjoner har vært kritiske til Norges ivaretagelse av denne gruppen asylsøkere. Forum for barnekonvensjonen har kritisert Norge her. Også Redd Barna har vært kritisk. Ombudsmannen vil i året som kommer se nærmere på det arbeidet som gjøres for situasjonen for de mindreårige asylsøkerne. Implementering av barnekonvensjonen i utlendingsloven ble overlatt til utvalget som har arbeidet med å fremme forslag til ny utlendingslov. Også dette arbeidet vil jeg følge.

Barnevernlovens frister – når bekymringsmelding kommer, iverksettelse av undersøkelser, fatte vedtak, gi tilbud om hjelp

Fra ulike deler av landet har jeg mottatt klager i enkeltsaker over sen og mangelfull behandling i barnevernet. I hvilken grad barnevernlovens frister overholdes ble herfra tatt opp med Barne- og familiedepartementet på generelt grunnlag i 2001. Departementet svarte blant annet at når det gjaldt meldinger til barneverntjenesten, jf. barnevernloven 4-2 – «bekymringsmeldinger» – var 96 % av meldingene gjennomgått i løpet av en uke – som er innen den lovbestemte fristen. Departementet opplyste at tallet har holdt seg stabilt de siste årene. Når det gjaldt

plikt til å foreta undersøkelser innen tre måneder, i særlige tilfeller innen seks måneder, jf. barnevernloven § 4-3, jf. § 6-9 første ledd, opplyste departementet at i 12 % av disse sakene ble fristene oversittet. Prosentandelen hadde ifølge departementet holdt seg rundt 10 % de siste årene. Departementet opplyste videre at det hadde kontakt med de fylkesmenn som hadde store fristoversittelser i sine kommuner, for å få vurdert årsakene slik at det kan treffes de nødvendige tiltak. Når det gjaldt barnevernloven § 6-9 tredje ledd, som sier at: «Tiltak skal iverksettes snarest, men senest innen seks uker fra vedtakstidspunktet...», var det ifølge departementet høy måloppnåelse, og slik har det vært de siste årene. Tilnærmevis alle barn og unge får hjelp innen seks uker (98 %).

Barnevernloven har også en frist i § 7-3. Ved krav fra den private part om endringer i tidligere vedtak, skal barneverntjenesten forberede og oversende saken til fylkesnemnda senest innen tre måneder fra barneverntjenesten mottok kravet. I særlige tilfeller kan fristen være seks måneder. Fylkesmennene mottar rapport om saksbehandlingstiden i kommunene for de fristbestemmelsene som kan sanksjoneres med mulkt. Det er ikke hjemmel for mulkt ved fristoverskridelse etter barnevernloven § 7-3, og departementet skrev i sitt svarbrev hit at de ikke hadde erfaringer med denne fristen.

De tallene som ble presentert, viste således en høy grad av måloppnåelse. På bakgrunn av den omfattende undersøkelsen Riksrevisjonen startet opp i 2001, fant jeg grunn til å avvente den videre oppfølgingen herfra. Mitt ønske om et møte med Barne- og familiedepartementet i år var derfor også begrunnet i et ønske om å se nærmere på saksbehandlingstiden i barnevernssaker. Departementet opplyste i møtet at de ovennevnte tallene holdt seg, og departementet følger utviklingen her på bakgrunn av rapportene fra fylkesmennene. Når det gjelder de mulktbelagte fristene, er det fremdeles stor grad av måloppnåelse. På spørsmål herfra opplyste departementet at det ikke var foretatt undersøkelser med tanke på om forvaltningens ønske om fristoppnåelse kan påvirke barnevernmyndighetens vedtak. Departementet så imidlertid at det kunne være grunn til å vurdere å initiere forskning for å se om bekymringsmeldinger henlegges i større grad enn ønskelig – og at hensynet til fristoppnåelse der kan spille inn. Fra departementet ble det også gitt uttrykk for at det vil bli igangsatt registrering hva gjelder fristoppnåelse etter barnevernloven § 7-3.

Fylkesmannens tilsynsoppgave etter § 2-3 tredje ledd

Ombudsmannen har vært i tvil om i hvilken grad de statlige tilsynsordningene som er etablert i forvaltningen, i tilstrekkelig grad fungerer etter sin hensikt.

Jeg har tidligere tatt dette opp med Barne- og familiedepartementet på generelt grunnlag, og det var også et tema under vårt møte i 2004. Jeg har dessuten på flere av de besøkene jeg har gjennomført hos de ulike fylkesmenn, bedt om en redegjørelse for i hvilken grad fylkesmannen selv opplever å få gjennomført slikt tilsyn som barnevernloven forutsetter.

Tilsynsansvaret gjelder dels oppfølging av institusjoner etter barnevernloven kapittel 5, jf. § 2-3 tredje ledd c (institusjonstilsynet). Departementets svar er her at det er lav måloppnåelse. Tilsynet var tema for Riksrevisjonens relativt omfattende undersøkelse, og oppfølging er under arbeid. Jeg har derfor ikke funnet grunn til å foreta eller initiere undersøkelser om dette. Departementet har redegjort for noen av de initiativ som er tatt.

Tilsynsansvaret gjelder også barneverntjenesten generelt i den enkelte kommune, jf. barnevernloven § 2-3 tredje ledd a og b (forvaltningstilsynet). Som uttrykt i St. meld. nr. 40, side 82-83, omfatter dette «både ein råd og rettleiingsfunksjon og ein kontrollfunksjon». Forvaltningstilsynet favner altså videre enn tilsyn med barn som er plassert i institusjon/fosterhjem. Inntrykket fra flere fylkesmannsembeter er at forvaltningstilsynet kunne vært høyere prioritert. Ressurssituasjonen ved det enkelte embetet spiller inn, og fra flere hold har det også vært antydning at den faglige kompetansen til å gjennomføre systematisk tilsyn, er begrenset. Fra departementet fremgår at det er tatt initiativ til oppfølging av fylkesmannsembetenes tilsynsoppgave. Jeg vil fremover følge dette arbeidet.

Fylkesnemnda for sosiale saker

Jeg var i følge med to medarbeidere våren 2003 på besøk i en fylkesnemnd og overvar forhandlingene i en sak. På den konferansen som ble avholdt i forbindelse med fylkesnemndenes 10-års jubileum var ombudsmannen representert. Jeg har også fått oversendt og har gjennomgått utredningen; «Kvalitetssikring av saksbehandling i barnevernet», foretatt av en intern arbeidsgruppe i fylkesnemndene med tanke på å sikre en mer ensartet saksbehandling i landets fylkesnemnder. Rapporter fra undersøkelsene som behandler ulike perspektiver av rettssikkerheten ved fylkesnemndsbehandling, blant annet presentert i boka «Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet» (Kjønstad red., 2002) har vært gjennomgått her.

Det er neppe tvil om at rettssikkerheten generelt er stor ved fylkesnemndsbehandling. Det kan imidlertid konstateres at mye av barnevernets ressurser går til prøving og overprøving av vedtak, herunder også sakkyndige som kunne vært aktive i hjelpetiltak. Departementet har ønsket å utrede mulige forenklinger i fylkesnemndenes saksbehandling og har nedsatt et eget utvalg, fylkesnemndutvalget, som

blant annet skal se på dette. Det er imidlertid viktig å presisere at forenkling ikke må gå på bekostning av barnas rettssikkerhet.

Om rettssikkerheten er godt nok ivaretatt har vært et aktuelt spørsmål når det gjelder fylkesnemndenes behandling av de midlertidige vedtakene. Flere har stilt spørsmål om disse sakene behandles summarisk – og skriftlig, som en ren legalitetskontroll, uten kontradiksjon. Flere fylkesnemndsledere har tatt til orde for å innføre en «forhørsrettmodell». I St. meld. nr. 40 uttaler departementet at det kan være grunn til å utrede dette nærmere. Departementet har overfor meg nå opplyst at dette også er et tema som skal vurderes av det nedsatte fylkesnemndsutvalget.

Normalt vil det ikke være grunnlag for at ombudsmannen foretar nærmere undersøkelser av saker behandlet i en fylkesnemnd. Ofte vil det gjelde barnevernfaglige spørsmål, og en overprøving vil i tillegg kreve nærmere kunnskap om de faktiske forhold enn ombudsmannens skriftlige saksbehandling gir. I noen klager hit har det imidlertid vært reist saksbehandlingsspørsmål som ombudsmannen har funnet grunn til å gå inn på. Et eksempel er spørsmålet om kommunalt ansattes vitneplik. En kommunalt ansatt som forklarer seg som vitne i en sak for fylkesnemnda, kan ikke instrueres om hva hun eller han skal forklare. Etter at ombudsmannen tok opp dette, etter en klage hit, og kommuneadvokaten ble brakt inn, ble dette også presisert fra kommunen. På bakgrunn av saken ba jeg Barne- og familiedepartementet vurdere om det var grunn til å innskjerpe at prinsippet om at vitner skal forklare seg sannferdig og ikke legge skjul på noe, også gjelder for behandlingen i fylkesnemnda, og at dette innebærer at det ikke er adgang til å instruere vitner – selv om de er ansatt i kommunen. Departementet oversendte ombudsmannens henvendelse til alle landets fylkesnemnder med en oppfordring om å være oppmerksom på problemstillingen. Hvem som er «part» i en fylkesnemndssak om omsorgsovertakelse, er eksempel på et annet spørsmål av prosessuell karakter som er reist for ombudsmannen og som jeg har funnet grunn til å undersøke nærmere.

4. Utlendingsnemndas oppfølging av ombudsmannens uttalelser

Utlendingsnemnda (UNE) og ombudsmannen har hatt en dialog knyttet til hvordan UNEs saksbehandling best mulig kan legges til rette for å følge opp en anbefaling fra ombudsmannen knyttet til en utlendingssak, for eksempel en anmodning fra ombudsmannen om å vurdere et avslag på søknad om asyl på nytt.

Ombudsmannen har etter ombudsmannsloven § 10 første ledd rett til å uttale sin mening om en sak som går inn under hans arbeidsområde. Det følger av dette at ombudsmannens anbefaling eller konklusjon

i saken ikke er rettslig bindende. Forvaltningens avgjørelser er derimot umiddelbart rettslig bindende. Dette gjelder også dersom det er adgang til å påklage vedtaket til overordnet organ. Så fremt en anbefaling fra ombudsmannen om å vurdere en sak på nytt, skal bli virksom, må forvaltningen selv – og i dette tilfellet fortrinnsvis UNE – treffe ny avgjørelse.

Ombudsmannen er i sine avsluttende uttalelser gjerne noe varsom med å trekke for bastante konklusjoner. Dette har i en viss grad sammenheng med at ombudsmannen må vurdere saken utelukkende ut fra skriftlig materiale og uten en umiddelbar bevisføring slik som domstolsbehandling legger til rette for. En klage til ombudsmannen knyttet til et avslag på opphold fra UNE, vil gjerne ha som siktemål at opphold skal innvilges. Det forutsetter at UNE i så fall omgjør tidligere avslag eller treffer nytt vedtak om å innvilge opphold. UNEs særpreg som et spesielt forvaltningsorgan med klare domstollignende trekk, gjør samspeillet med ombudsmannen i noen grad til en utfordring.

UNEs oppfølging av uttalelser fra ombudsmannen vil også påvirkes av den behandlingsform saken i utgangspunktet har vært undergitt i nemnda, jf. utlendingsloven § 38 b annet ledd, som blant annet gir adgang til å delegerer vedtaksmyndighet i enkeltsaker til nemndas sekretariat. Nemndas delegasjon har for øvrig også i seg selv vært og vil være gjenstand for ombudsmannens oppmerksomhet.

Det er etablert en forståelse for UNEs oppfølging av ombudsmannens avsluttende uttalelse i en sak. Fra UNEs interne rundskriv gjengis:

«Et flertall av ombudsmannens endelige uttalelser i konkrete saker går ut på at ombudsmannen anser saken for avsluttet uten å be UNE om noen oppfølging.

Dersom den endelige uttalelsen går ut på at UNE blir bedt om å foreta en fornyet vurdering av en sak, skal uttalelsen anses som en anmodning om omgjøring. Gjelder den en nemndleder har vært inne i, skal den normalt behandles og avgjøres av vedkommende nemndleder, eventuelt i nemndmøte, etter de vanlige reglene for omgjøring. Også når uttalelsen gjelder en sak som er avgjort av sekretariatet, skal spørsmålet om å omgjøre vedtaket behandles av en nemndleder på tilsvarende måte. I alle tilfeller og uansett hva som blir resultatet i saken, skal det fremgå av avgjørelsen hva ombudsmannens syn i hovedsak går ut på og hvordan dette er vurdert.

Kopi av avgjørelsen sendes ombudsmannen sammen med et brev der det underrettes om at saken har vært gjenstand for en fornyet vurdering. Det opplyses hvorvidt det tidligere vedtaket ble endret eller ikke og henvises til vurderingen av ombudsmannens syn i den nye avgjørelsen. Kopi av brevet til ombudsmannen og avgjørelsen sendes samtidig til klageren eller klagerens fullmektig.

Når det tidligere vedtaket opprettholdes, er saken avsluttet i UNE. Blir det omgjort, kan det nye vedtaket både være innenfor gjeldende praksis og et brudd med denne. I sistnevnte tilfelle kan det bli aktuelt å avholde nemndmøte i noen

tilsvarende saker, der nemndmedlemmene blir orientert om vedtaket i den ene saken og om ombudsmannens syn. De nye vedtakene vil da bli retningsgivende for fremtidig praksis.

Dersom den endelige uttalelsen går ut på at UNE blir bedt om å vurdere å endre en praksis som ikke gjelder utfallet av enkeltsaker, f.eks spørsmål om foreløpig svar, prioritering og lignende, skal ombudsmannen underrettes om hvorvidt UNE vil endre praksis. Saksbehandleren skriver utkast til uttalelse om dette og legger det til seksjonssjefen og deretter til stabsrådgiveren, som også kan konsulteres før utkastet skrives. Stabsrådgiveren legger saken til ass. direktør/direktøren. Slike uttalelser skal underskrives av en av dem.»

På bakgrunn av UNEs oppgaver og domstol-lignende preg må de retningslinjene som nå foreligger sies å representere en tilfredsstillende løsning på fremgangsmåten når UNE følger opp ombudsmannens uttalelser.

5. Saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet

I årsmeldingen for 2003 redegjorde jeg for et besøk tre av mine medarbeidere gjennomførte i Utlendingsdirektoratet (UDI) 5. desember 2003. Jeg viste til at jeg gjennom flere år har fulgt utviklingen i UDIs saksbehandling og til mine omtaler av denne i årsmeldingene for 2001 og 2002. Jeg har også i 2004 mottatt et betydelig antall skriftlige klager og telefonhenvendelser angående saksbehandlingen i UDI.

Forvaltningslovens utgangspunkt er at saker skal forberedes og avgjøres «uten ugrunnet opphold», jf. lovens § 11 a første ledd. UDI har i flere år hatt til dels lang saksbehandlingstid for en del typer saker. Jeg har forstått det slik at den lange saksbehandlingstid har skyldtes stor saksmengde, omorganiseringer og innføringen av et nytt saksbehandlingssystem (DUF).

I en slik situasjon vil gode rutiner for hvordan informasjon gis til borgerne være helt avgjørende, noe også forvaltningsloven § 11 a annet og tredje ledd gir klare anvisninger på. Det store antallet klager jeg de seneste årene har mottatt på UDIs saksbehandling kan tyde på at direktoratets rutiner har vært utilfredsstillende. I årets melding s. 166 refereres en undersøkelse jeg har gjennomført av direktoratets rutiner for utsending av foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger, tidspunktet for tildeling av saksbehandler for den enkelte sak og foreløpig gjennomgang av innkommet post. På bakgrunn av de redegjørelsene jeg mottok fra direktoratet, kom jeg med flere anbefalinger om forbedringer.

I forbindelse med behandlingen av årsmeldingen for 2003 uttalte Kontroll- og konstitusjonskomiteen at saksbehandlingstiden i UDI for enkelte sakstyper var uakseptabel lang, og at informasjonen om slike forsinkelser ikke var god nok. I UDIs statistikk for første halvår 2004 fremgikk det at UDI hadde hatt en

økning i antall behandlede familiegjenforeningsaker, mens antallet asylsøknader hadde sunket. Jeg har derfor satt i gang en ny undersøkelse av saksbehandlingstiden i UDI. I denne forbindelse har jeg bedt UDI redegjøre for utviklingen i saksbehandlingstiden, herunder direktoratets mål for saksbehandlingstiden på ulike saksområder og hvilke tiltak som eventuelt er iverksatt for å redusere den faktiske saksbehandlingstiden. Jeg har særskilt bedt UDI om å opplyse om direktoratets ekstra fokus på saker som gjelder barn har gitt effekt i form av redusert saksbehandlingstid for denne typen saker. Undersøkelsen vil fortsette i 2005.

6. Plan- og bygningsloven § 7

Hvert år mottar jeg en rekke klager som gjelder dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 7. Også i 2004 mottok jeg flere klager på forvaltningens avslag på søknad om dispensasjon samt klager fra naboer eller andre berørte tredjemenn på at forvaltningen hadde innvilget dispensasjon. Dispensasjonssakene byr ofte på juridiske tvilsspørsmål. Jeg avsluttet i 2004 flere saker av mer prinsipiell interesse. Sakene er referert i kapittel VI, men jeg vil likevel her kort omtale noen spørsmål i tilknytning til disse.

1. Hva ligger i lovvilkåret «særlige grunner»?

Etter plan- og bygningsloven § 7 kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt, dispensere fra bestemmelser i loven, vedtekt eller forskrift, arealdel til kommuneplan, reguleringsplan og bebyggelsesplan når det foreligger «særlige grunner». Jeg har tidligere gitt uttrykk for at lovvilkåret «særlige grunner» innebærer at det må foreligge spesifiserte, klare og relevante grunner som etter en nærmere konkret vurdering er av en slik karakter og har en slik tyngde at de kan slå igjennom overfor de hensyn forbudsbestemmelsen i loven eller reguleringsplanen m.v. er ment å ivareta. Dette utgangspunktet synes å ha fått bred tilslutning gjennom årene. I 2004 fant jeg imidlertid grunn til å nyansere og utdype dette noe. Bakgrunnen var at utgangspunktet i praksis syntes å ha blitt oppfattet til å gi anvisning på en vektormer de grunner dispensasjonssøknaden støtter seg på måtte være mer tungtveiende enn de hensyn som ligger til grunn for den aktuelle forbudsbestemmelsen. I saken inntatt på side 260 uttalte jeg derfor at det (fortsatt) må stilles visse minstekrav til den eller de grunner som anføres for at dispensasjon skal gis; grunnen(e) må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og relevante i den forstand at de(n) må være i samsvar med formålet og ligge innenfor de rammer plan- og bygningsloven gir anvisning på. Utover dette ga jeg imidlertid uttrykk for at det neppe er rom for å kreve at dispensasjonsgrunnen alene skal være

mer tungtveiende enn eller på annen måte «slå ut» de øvrige hensyn i saken. Dersom minstekravet er oppfylt, beror det på plan- og bygningsmyndighetenes vurdering om de hensyn som gjør seg gjeldende for og imot medfører at dispensasjon skal gis.

2. *Hva menes med rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn? Hvilken betydning har det å skille mellom disse to skjønn?*

Tradisjonelt har avgjørelsen av om det foreligger «særlige grunner» blitt regnet som rettsanvendelsesskjønn, som kan overprøves fullt ut av domstolene. Agder lagmannsrett avsa 10. mai 2004 en dom vedrørende forståelsen av pbl. § 7, som inntar et avvikende syn på spørsmålet. Dommen er inntatt i Rettsens Gang 2004 s. 1176. Lagmannsretten konkluderte etter en bred gjennomgang av spørsmålet med at vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» ikke er et rettsanvendelsesskjønn, men et såkalt fritt skjønn med de begrensninger dette har for rettens overprøvingskompetanse. Domsgrunnene kan umiddelbart gi inntrykk av prinsipielt sett å stå i en viss motsetning til det som tidligere har vært lagt til grunn fra ombudsmannens side. Jeg vurderte derfor i saken inntatt på side 260 om det herfra kunne være grunn til å presisere nærmere mitt syn på spørsmålet om rettsanvendelsesskjønn eller fritt skjønn. Spørsmålet har for det første en side mot domstols- og ombudsmannskontrollen. Etter ombudsmannsloven § 10 annet ledd er for det andre ombudsmannens kompetanse begrenset i saker om skjønnsmessige avgjørelser. Ombudsmannskontrollen går noe lengre enn domstolskontrollen i det ombudsmannen også kan prøve om avgjørelser er «klart urimelige». Sammenlignet med fylkesmannskontrollen i forhold til vedtak av de kommunale myndigheter, er fylkesmannens prøvingsadgang bare begrenset av forvaltningsloven § 34 annet ledd om vektlegging av de kommunale myndigheters vurdering av forhold undergitt det frie skjønn. Jeg kom til at det i mangel av avklarende høyesterettspraksis var vanskelig å konkludere sikkert på spørsmålet, samtidig som jeg fant grunn til å presisere at spørsmålet er av en mer teoretisk karakter og i praksis har mindre betydning. Utgangspunktet for *ombudsmannens* kontroll med forvaltningens vedtak vil uansett være om de hensyn som er vektlagt fremstår som saklige og relevante i forhold til den lovbestemmelse eller den plan det vurderes å fravike. Så lenge plan- og bygningsmyndighetene på en uttømmende måte har funnet frem til og vurdert de relevante hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, vil det uansett måtte være et visst spillerom i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i dispensasjonsvurderingen.

Jeg er kjent med at Miljøverndepartementet senere i et brev 15. oktober 2004 til fylkesmennene har

uttalt at det standpunkt som er kommet til uttrykk i dommen vil bli lagt til grunn fra statens side i fremtidige rettssaker på området. Departementet forutsatte at fylkesmennene også legger standpunktet til grunn ved sin behandling av dispensasjonssaker. Departementet antok at den endrede oppfatningen i praksis ikke vil innebære noen endring av fylkesmannens muligheter til å overprøve kommunens vurdering av dispensasjoner fra planer og pbl. § 17-2. I klagesaker der kommunens vedtak overprøves, bør det imidlertid fremgå at forholdet til forvaltningsloven § 34 annet ledd er vurdert.

Ved å tillegge forvaltningen et «fritt skjønn» vil det kunne innebære at den rettslige kontrollen som domstolene og Sivilombudsmannen i dag utøver kan bli svekket. Det må holdes fast ved at dispensasjon bare kan gis dersom den vil være i samsvar med loven og de forskrifter det skal dispenseres fra. Det er viktig at dispensasjonsadgangen brukes i samsvar med det prinsipp som har kommet til uttrykk i Grunnloven § 95 og som skal sikre at det ikke treffes vilkårlige vedtak og vedtak som er utslag av usaklig forskjellsbehandling. Noe annet vil kunne undergrave tilliten til forvaltningen.

3. *Er vurderingstemaet det samme uansett hva slags type forbudsbestemmelse det er aktuelt å dispensere fra?*

Fylkesmannen i Troms henvendte seg hit vedrørende saken referert på side 254. Saken gjaldt dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet langs sjøen. Fylkesmannen ga uttrykk for at jeg i min avsluttende uttalelse hadde stilt for strenge krav til hva som skal til for at det skal kunne foreligge grunnlag for å innvilge dispensasjon. I svarbrevet til fylkesmannen redegjorde jeg noe nærmere for hvilke krav som må stilles til dispensasjonsgrunnen ved ulike typer forbudsregler. Jeg ga uttrykk for at dispensasjonsvurderingen kan være annerledes når det er tale om å fravike mer tekniske regler enn når det er aktuelt å dispensere fra for eksempel pbl. § 17-2, som først og fremst tar sikte på å beskytte nasjonale interesser, eller fra LNF-områder i kommuneplanens arealdel.

Ved dispensasjon fra førstnevnte type regler (for eksempel avstandskrav, regler om utnyttelsesgrad m.v.), vil nettopp ofte hensynene bak vedkommende bestemmelse bli skadelidende når det dispenseres. Dispensasjon kan etter forholdene likevel gis. Søkeren må imidlertid da – siden hensynene bak bestemmelsen lett vil kunne bli skadelidende – positivt kunne angi en grunn for at dispensasjon skal være aktuelt. Denne grunnen behøver likevel ikke, jf. punkt 1 ovenfor, å «slå ut» alle andre hensyn, herunder hensynene bak forbudsbestemmelsen. Jeg uttalte at lokale hensyn og vurderinger ofte vil veie tungt i disse sakene.

Når det gjaldt dispensasjon fra sistnevnte type bestemmelser (pbl. § 17–2 og LNF-formål), ga jeg i brevet til fylkesmannen uttrykk for at det først kan bli aktuelt å dispensere dersom det kan konstateres at hensynene bak forbudet *ikke* blir skadelidende (og det ikke er noe annet som taler *mot* en dispensasjon). Jeg pekte på at hensynet til allmennhetens ferdsel og friluftsliv og andre nasjonale interesser derfor ofte vil få avgjørende betydning. Når det først er på det rene at hensynene bak ikke blir skadelidende, er det neppe grunn til å stille opp et absolutt krav om at det også må foreligge en positiv grunn på søkersiden.

4. Forvaltningsloven § 34 annet ledd – statlig klageinstans' plikt til å legge vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av kommunens skjønn i dispensasjonssaker

Saken referert på side 257 gjaldt klage på et vedtak fra Fylkesmannen i Rogaland om å omgjøre en kommunal dispensasjon fra reguleringsplanens krav til utnyttelsesgrad. Jeg fant i saken grunn til å si noe nærmere om betydningen av forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum i dispensasjonssaker. Jeg pekte på at spørsmålet om det foreligger «særlige grunner» tradisjonelt har blitt regnet som et rettsanvendelsesskjønn, jf. punkt 2 ovenfor. Videre pekte jeg på at grensdragningen og overgangen til det såkalte frie skjønnet og «kan»-vurderingen vil være flytende. Etter mitt syn kunne derfor mye tale for at fylkesmannen, i saker der det ikke synes å være sterke planfaglige hensyn mot en dispensasjon og kommunen har foretatt en grundig gjennomgang av saken, er noe tilbakeholden med å overprøve kommunens vurdering. Anvisningen i § 34 om å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, får betydning ikke bare ved det frie skjønn og hensiktsmessighetsvurderingen, men også ved det rettsanvendelsesskjønn som må utøves ved den nærmere tolking av kriteriet «særlige grunner» og ved den konkrete rettsanvendelse av bestemmelsen på de faktiske forhold i den enkelte sak.

7. Offentlig ansattes yringsfrihet

Stortinget vedtok 30. september 2004 å endre ordlyden i Grunnloven § 100 om yringsfrihet. Det ble ikke inntatt særskilte bestemmelser om offentlig ansattes yringsfrihet blant annet fordi grunnlovsbestemmelsen skal gi uttrykk for en overordnet og generell norm som skal gjelde på alle livets områder. Justis- og politidepartementet uttalte i St. meld. nr. 26 (2003–2004) s. 109 flg. at lovendringen la grunnlaget for en sterk yringsfrihet for ansatte. Eventuelle begrensninger i denne måtte derfor ha tungtveiende grunner.

Grunnlovsendringen understreker betydningen av å gi borgerne større tilgang til kunnskap om offentlig virksomhet; dens ressursbruk, prioriteringer

og måloppnåelse. Slik kunnskap er en forutsetning for et godt fungerende demokrati og for den allmenne tilliten til forvaltningen.

I Arbeidslivslovutvalgets utredning (NOU 2004:5) s. 445 slås det med henvisning til rettspraksis fast at det etter gjeldende rett «skal mye til før yringsfrihetens grenser er overskredet og at lojalitetsplikten dermed er brutt». Utvalget foreslår også å lovfeste et uttrykkelig lovforbud mot å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som på en lojal måte informerer om kritikkverdige forhold i virksomheten, jf. NOU 2004:5 s. 451.

De synspunkter som grunnlovsendringen og det pågående lovgivningsarbeidet bygger på, underbygges etter min mening at det er arbeidsgiver som må ha bevisbyrden for at skadelig illojalitet foreligger. Det må derfor stilles strenge krav til arbeidsgivers klarlegging av det faktiske grunnlaget før en ansatt eventuelt ilegges sanksjoner på grunn av sine ytringer.

I årsmeldingene for 2002 og 2003 drøftet jeg med bakgrunn i flere konkrete saker jeg hadde hatt til behandling, forholdet mellom offentlig ansattes yringsfrihet og deres lojalitetsplikt til arbeidsgiver. Saken som ble referert i årsmeldingen for 2003 s. 83 illustrerte også at den rettslige betydningen av lojalitetsplikten for ansatte i den offentlige forvaltning kan komme opp i form av sanksjoner fra arbeidsgiver. Min videre oppfølging av denne saken er referert i årets melding kapittel V.

På s. 100 flg. er det videre referert en sak der en rådgiver i et direktorat ble gitt skriftlig tilrettevisning fordi han hadde skrevet et kritisk leserinnlegg om en sak han hadde arbeidet med. Leserinnlegget var underskrevet med navn, tittel og arbeidssted. Rådgiveren hadde også utlevert organinterne dokumenter om samme sak til utenforstående. Etter en konkret vurdering av leserinnlegget var det etter mitt skjønn vanskelig å se at det kunne oppstå en identifikasjonsfare selv om rådgiveren opptredte med full stillingsbetegnelse. Begrunnelsen for den tilrettevisningen som var gitt, var derfor lite treffende. Jeg fant imidlertid ikke grunnlag for å rette kritikk mot den delen av tilrettevisningen som gjaldt overleveringen av dokumenter.

8. Endring av ligningslovens fristregler

I årsmeldingen for 2002 tok jeg opp ligningslovens fristregler. Jeg mente at det burde overveies å få regler som ikke hindret ligningsmyndighetene fra å ta opp en ligning når foranledningen var en uttalelse fra ombudsmannen (jf. årsmeldingen for 2002 s. 18–20). Finansdepartementet anså at ligningsmyndighetene på grunn av treårsfristen var avskåret fra å ta opp ligningen til endring. Jeg påpekte da at det da forelå en mangel ved ligningsloven, og anmodet departementet i desember 2003 om å iverksette lov-

endringsarbeid, jf. ombudsmannsloven § 11. Det kan også vises til merknadene i årsmeldingen for 2003 kapittel V på s. 42 med tilleggsopplysningene til sak nr. 63 i meldingen for 2000.

Finansdepartementet sendte lovendringsforslag på høring sommeren 2004, og fremmet forslag om lovendring i Ot. Prp. nr. 1 (2004–2005). Lovendringen ble vedtatt av Stortinget 10. desember 2004. Ligningsloven § 9–6 nr. 5 har nå fått en tilføyelse i bokstav d:

«Fristene etter nr. 1–4 er ikke til hinder for d. at spørsmål om endring tas opp som følge av uttalelse fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen, i sak der skattyteren er part.»

Lovendringen medfører at ligningsforvaltningen nå også kan ta opp ligningene til de aktuelle skattyterne til endring slik ombudsmannens uttalelse forutsetter og de er tilskrevet om dette.

Etter at det ble klart at Finansdepartementet anså ligningsmyndighetene for avskåret fra å ta sakene opp til endring på grunn av fristreglene, må jeg si meg tilfreds med lovarbeidet og fremdriften av dette fra departementets side i forbindelse med at Stortinget i desember 2004 vedtok lovendringen som ikke bare avhjelper problemene i denne underliggende klagesaken, men i alle lignende saker og tilfeller.

III. Påviste mangler ved lover, forskrifter, praksis mv.

– *Rentefritak til utenlandske studenter under utdanning.* En klagesak mot Statens lånekasse for utdanning viste at det var uklarerheter i reglene om rentefritak for utenlandske studenter som er tatt opp i kvoteprogram etter Lånekassens forskrifter for studieåret 2002–2003 kapittel X. Ombudsmannen påpekte at det ikke fremgikk uttrykkelig av Lånekassens forskrifter at låntakerne må være tatt opp i kvoteprogrammet også ved forsinkelse i utdanningen, for å være berettiget til rentefritak. Dette kan fremgå hvis man leser reglene i sammenheng, men ombudsmannen bemerket at dette angår utenlandske studenter og at regelverket da bør være så vidt presist og utfyllende at disse låntakerne har rimelig muligheter for å forutberegne sin rettsstilling. Ombudsmannen ba om at Lånekassen vurderer om regelverket er tilstrekkelig opplysende i denne sammenheng, og om det eventuelt er behov for presiseringer. (Sak 2004–2556)

– *Tildeling og tap av skoleplass i fengsel – saksbehandling.* En innsatt ved Ringerike fengsel ble uformelt tildelt skoleplass i form av selvstudium. Plassen var ment å være midlertidig. Han mistet plassen midt i semesteret av bygningsmessige og kapasitetsmessige grunner, og ble i stedet henvist til ordinært arbeid i fengselet. Også dette skjedde uformelt. Den innsatte mente at han ikke var blitt informert om at plassen kun var midlertidig. På hans vegne anførte Juss-Buss bl.a. at fengselet hadde tilside satt forvaltningslovens krav til enkeltvedtak ved avgjørelsen om å frata den innsatte skoleplassen.

Kriminalomsorgen region sør var som klageinstans enig i at tildeling av skoleplass burde utformes skriftlig, og at en avgjørelse om tap av skoleplass er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b. Regionen la til grunn at den innsatte var blitt informert om at skoleplassen var midlertidig.

Etter foreleggelse for regionen bemerket ombudsmannen at det nå var enighet om at den innsatte burde fått et skriftlig tilsagn om skoleplass med informasjon om at plassen var midlertidig. Den innsatte kunne da ha innrettet seg etter situasjonen og i ettertid ville det ikke oppstått tvil om hva slags informasjon som var gitt. Når det gjaldt tapet av skoleplassen, viste ombudsmannen til at fengselet etter regionens syn skulle fulgt reglene for enkeltvedtak i forvaltningsloven. Ombudsmannen forutsatte «at Ringerike fengsel for fremtiden behandler slike saker i tråd med regionens syn.» (Sak 2004–1284)

– *Krav til statsborgerskap for tilgang til Schengen informasjonssystem (SIS) – betydning ved tilsetninger.* Senter mot etnisk diskriminering (SMED) klaget til ombudsmannen på vegne av en egyptisk statsborger som var vurdert som en uaktuell søker på stillinger i Utlendingsdirektoratet og ved Utlendingsseksjonen i Oslo politidistrikt. Stillingene forutsatte tilgang til Schengen informasjonssystem. I henhold til Instruks for tilgang/bemyndigelse til Schengen Informasjonssystem (SIS) gitt av Kriminalpolitisen 16. februar 2001, kan bemyndigelse for tilgang til SIS «ikke gis til andre enn personer med statsborgerskap i et Schengen-land». Instruksen er hjemlet i SIS-forskriften 21. desember 2000 nr. 1365 § 1–6, gitt i medhold av lov om Schengen informasjonssystem (SIS) 16. juli 1999 nr. 66 § 25 bokstav b. Både loven (i § 12 annet ledd) og forskriften stiller krav om «særskilt bemyndigelse» for tilgang til SIS. Etter forskriften § 1–6 første ledd skal slik bemyndigelse «bare gis til kvalifiserte personer som har gjennomgått opplæring».

SMED anførte at utgangspunktet både i Schengen-avtalen og i forarbeidene til SIS-loven er at personer som kan sikkerhetsklareres skal kunne gis tilgang til SIS. Etter sikkerhetsloven 20. mars 1998 nr. 10 § 22 vil utenlandske statsborgere kunne sikkerhetsklareres der det foreligger et «særlig behov» for tilgang til skjermingsverdig informasjon. Kriminalpolitisen (Kripos) har gjennom instruksen innført statsborgerskap som et unntaksfritt vilkår for tilgang til SIS. SMED anførte at måten SIS-loven «er implementert og praktisert på innbærer ... at statsborgere hjemmehørende i land utenfor Schengen generelt er ekskludert fra en rekke stillinger i staten ...». Det ble hevdet at dette ikke var nødvendig ut fra sikkerhetshensyn, jf. sikkerhetslovgivningen. SMED mente også at instruksen kunne være i strid med diskrimineringsforbudet i FNs konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter art. 26.

Klagen ble forelagt Kripos, som i sitt svar viste til signaler og føringer fra Justis- og politidepartementet og anbefalinger fra Schengen Evaluation Working Party. Kripos ga uttrykk for at signalene var implementert på en hensiktsmessig måte, men erkjente at det «kunne vært tatt inn et forbehold om at det ikke var et absolutt forbud».

Spørsmålet om utformingen av instruksen ble deretter tatt opp med Justis- og politidepartementet. Departementet ble herfra bedt om å kommentere klagen og å gi nærmere informasjon om bakgrunnen

for anbefalingen fra Schengen Evaluation Working Party. Videre ble departementet spurt om sitt syn på om instruksene «er hensiktsmessig eller nødvendig for gjennomføringen av Schengen-avtalen og SIS-regelverket».

Departementet redegjorde i brev hit 30. august 2004 for anbefalingene til arbeidsgruppen nedsatt av EUs råd og praksis for håndheving av Schengensamarbeidet nedfelt i en såkalt «katalog». Deretter het det:

«Når det gjelder det spørsmålet som er sentralt i klagen, nemlig instruksens krav om statsborgerskap i et Schengenland for i Norge å kunne arbeide med oppgaver som gir innsyn i SIS mener justisdepartementet at kravet ikke bør opprettholdes. Vår oppfatning nå er at så lenge det er mulig å gjennomføre nødvendige sikkerhets- og vandelskontroller, er det ikke nødvendig samtidig å stille opp et krav om statsborgerskap i et Schengenland for å autorisere personell som er ansatt i politiet eller utlendingsforvaltningen. Dette vil neppe gjelde i samme grad for personell på norske utenriksstasjoner. Her er det departementets syn at anbefalingen i katalogen bør følges. Videre vil vi peke på at dersom det ikke er mulig å innhente tilstrekkelig informasjon for å kunne gjennomføre en fullgod sikkerhets- og vandelskontroll fordi vedkommende person har oppholdt seg i kortere eller lenger tidsrom i et land der man ikke kan få ut relevant informasjon til bruk for vandelsjekk, vil sikkerhetskravet i konvensjonens artikkel 118 ikke være oppfylt. Vedkommende kan da ikke få autorisasjon for tilgang til SIS.

Departementet vil nå ta initiativ til å endre ovennevnte instruks for tilgang til Schengen Informasjonssystem i tråd med ovennevnte synspunkter.»

Ombudsmannen avsluttet deretter saken, idet klageren syntes å ha fått gehør for sine sentrale synspunkter. Ombudsmannen ba om å bli holdt orientert om «de endringer som gjøres på bakgrunn av departementets initiativ». Ombudsmannen ble senere orientert om instruks fra Politidirektoratet til Kriminalpolitisen om å foreta endringer i gjeldende retningslinjer for tilgang til SIS. I instruks datert 28. oktober 2004 uttrykte direktoratet at de nye retningslinjene burde «inneholde krav om vandels- og sikkerhetskontroll for alle som skal få tilgang til SIS. For de personer ved norske utenriksstasjoner som skal ha tilgang til SIS, bør det i tillegg stilles opp krav om statsborgerskap i et Schengenland». (Sak 2004–1295)

– *Støtte etter refusjonsordningen for å sikre sysselsetting av norske sjøfolk.* Norges Rederiforbund henvendte seg til ombudsmannen på vegne av ett av sine medlemmer med en klage over et avslag på søknad om støtte etter refusjonsordningen for sysselsetting av sjøfolk for et ROV-fartøy (basefartøy for fjernstyrte undervannsroboter) for 5. termin 2002. Refusjonsordningen er en subsidieordning for norske rederier som ble etablert i 1994 på grunn av

økende internasjonal konkurranse i kystskipstrafikken. Spørsmålet saken reiste var om en innskjerping av praktiseringen av ordningen som Nærings- og Handelsdepartementet gjennomførte i september 2002 lå innefor de rammer Stortinget hadde fastsatt for ordningen. Innskjerpingen bestod i at ROV-fartøy ble definert ut av skips- eller aktivitetstypen «base for dykking» – som ellers kvalifiserer for refusjon innenfor skip knyttet til petroleumssektoren. Før forskrift 20. november 2003 om forvaltning av tilskudd til sysselsetting av norske sjøfolk ble vedtatt, hadde ordningen sitt rettslige grunnlag og rammeverk fastsatt ved de årlige budsjettbehandlingene i Stortinget. Saken ble tatt opp med departementet. Ombudsmannen uttalte i sitt avsluttende brev at det knyttet seg tvil til gyldigheten av departementets vedtak i saken. Han viste til at refusjonsordningen gjennom de årlige budsjettvedtakene etablerte juridiske rettigheter for rederiene og at departementets omdefinering av kategorien «base for dykking» i september 2002 innebar en innsnevring av refusjonsordningen som ikke var i samsvar med de rammer Stortinget hadde trukket opp ved budsjettbehandlingen i 2000 og 2001. Han uttalte at vedtaket stred mot de overordnede rammene for ordningen og da ikke var gyldig i forhold til parten. Også den forvaltningsmessige saksforberedelsen før innskjerpingen ble kritisert. Grunnlaget var at det ikke var blitt innhentet uttalelser fra berørte rederier og bransjeorganisasjoner. Ombudsmannen anmodet departementet om å behandle vedtaket for 5. termin på nytt. Det samme gjaldt vedtakene for de etterfølgende terminer inntil praksis på ny ble lagt om. (Sak 2004–1390)

I tillegg til de refererte sakene, er det påvist mangler ved lover, forskrifter eller praksis m.v. i følgende saker som er referert i sin helhet i kapittel VI:

- *Krav om kunnskaper i norsk ved støtte til utdanning i utlandet* – se sak nr. 25 side 128. (Sak 2004–1421)
- *Disiplinærvetak i fengsel* – se sak nr. 39 side 160. (Sak 2004–1749)
- *Arveavgift – når boretten er testamentert til en annen enn eiendomsarvingen* – se sak nr. 54 side 208. (Sak 2004–1168)
- *Saksomkostningskrav etter varsel om politianmeldelse og erstatningsansvar for manglende forskuddstrekk overfor styreleder i familiebarnehage* – se sak nr. 57 side 221. (Sak 2004–1515)
- *Saksomkostninger – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og retten til fritt rettsråd uten behovsprøving* – se sak nr. 59 side 229. (Sak 2004–1127)
- *Saksomkostninger for Trygderetten når fylkes-trygdekontoets vedtak oppheves og saken hjemvises til ny behandling* – se sak nr. 60 side 232. (Sak 2004–1095)
- *Behandlingen av klage over avslag på krav om saksomkostnader i ligningssak* – se sak nr. 61 side 235. (Sak 2004–1223)

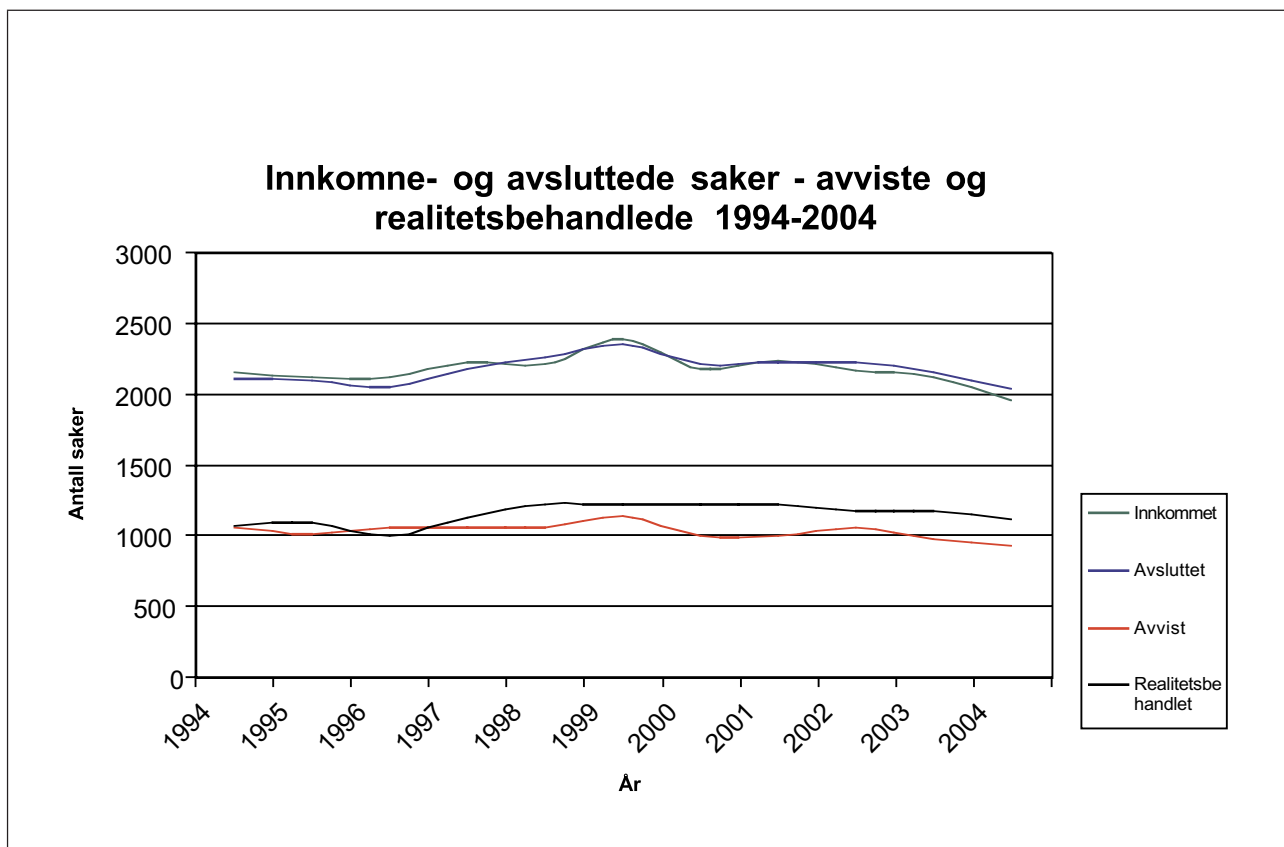
- *Pålegg om retting på grunn av vannsig – kostnadsansvaret – se sak nr. 74 side 276. (Sak 2004–1176)*
- *Avkorting av produksjonstilskudd – forvaltningens plikt til å foreta en selvstendig prøving av om virksomheten er drevet i strid med gjeldende regelverk og av selve skyldkravet – se sak nr. 78 side 288. (Sak 2004–1355)*

IV. Opplysninger om sakene og saksbehandlingen

1. Oversikt

Klagetallet lå i perioden 1994 til 2002 nokså stabilt rundt 2150 – 2200 klager per år. I 2003 var det en viss nedgang i klagetallet, idet det inkom 2098 klager. I 2004 kom det inn 1932 klager. Dette er en nedgang på 166 klager i forhold til 2003. I tillegg ble 18 saker tatt opp av eget tiltak (ET-saker). Medregnet ET-sakene kom det inn 1950 saker i 2004. Nedgangen i klagesakene har vært størst når det gjelder kommunene, se s. 37. Klagetallet har økt markant når det gjelder utlendingssaker. Her har klagetallet blitt doblet.

	2003	2004
Innkommne saker (inkl. ET-saker):	2118	1950
Realitetsbeh.:	1169 (54,5 %)	1107 (54,3 %)
– med kritikk/henstilling:	192 (16,4%)	161 (7,9%)
Avvist:	974 (45,5 %)	928 (45,7 %)
Avsluttede saker:	2143	2035



2. Tilgangen på saker i 2004

Klager og forespørsler m.v	1932
Saker tatt opp av eget tiltak	18
I alt	1950

Hvordan sakstilgangen fordelte seg gjennom 2004, fremgår av oversikten på s. 34, der også tallene for 2003 er tatt med:

Klager og forespørsler m.v.	2003	2004
Januar	212	185
Februar	215	174
Mars	184	220
April	177	146
Mai	200	148
Juni	199	161
Juli	135	145
August	132	119
September	172	174
Oktober	175	155
November	151	154
Desember	146	151
	2098	1932
Saker tatt opp av eget tiltak	20	18
I alt	2118	1950

I 2004 ble det også registrert 1503 generelle forespørsler over telefon, uten tilknytning til løpende klagesaker. I 2004 hadde ombudsmannen 68 besøk av privatpersoner.

3. Hvor klagen kommer fra

Ved den geografiske fordeling av sakene, er det som tidligere ikke tatt med henvendelser fra klientell i sentrale institusjoner eller klager bosatt i utlandet m.m. I 2004 fikk ombudsmannen 172 slike henvendelser. Nedenfor er angitt hvordan de øvrige 1760 sakene fordeler seg fylkesvis.

Fylke	Antall klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent av rikets 01.01.04
Østfold	89	5,1	5,6
Akershus	168	9,5	10,7
Oslo	384	21,8	11,4
Hedmark	39	2,2	4,1
Oppland	46	2,6	4,0
Buskerud	68	3,9	5,3
Vestfold	81	4,6	4,8
Telemark	56	3,1	3,6
Aust-Agder	24	1,4	2,3
Vest-Agder	43	2,4	3,5
Rogaland	129	7,3	8,5
Hordaland	190	10,8	9,7
Sogn og Fjordane	33	1,9	2,4
Møre og Romsdal	83	4,7	5,4
Sør-Trøndelag	77	4,4	5,9
Nord-Trøndelag	33	1,9	2,8
Nordland	91	5,2	5,2
Troms	64	3,6	3,3
Finnmark	59	3,4	1,6
Svalbard	3	0,2	0
I alt	1760	100	100

	2003	2004
Klager fra innsatte i fengsler	63	49
Klager fra personer i psykiatriske institusjoner	0	2
Klager fra personer bosatt i utlandet	71	84
Klager med kun e-post adresse	50	36
Anonyme	2	1
I alt	186	172

4. Avsluttede saker

4.1 Avviste saker – avvisningsgrunner

År	2003	2004
Avviste saker	974 (45,5 %)	928 (45,7)

De avviste sakene gruppert etter avvisningsgrunn:

	antall	
1. Forhold utenfor kompetanseområdet		
a) Domstolenes virksomhet	60	(6,5 %)
b) Tidligere behandlet av Stortinget	7	(0,8 %)
c) Avgjørelser i statsråd	4	(0,4 %)
d) Private rettsforhold	35	(3,8 %)
e) Riksrevisjonen	1	(0,1 %)
f) Kommunestyre	7	(0,8 %)
g) Ombudsmannen for forsvaret .	1	(0,1 %)
h) Fylkesting	1	(0,1 %)
2. Foreldet forhold	50	(5,4 %)
3. Fortsatt behandling i forvaltningen	398	(42,9 %)
4. Utilstrekkelig klagegrunn, uegnet sak	155	(16,7 %)
5. Tilbakekalte klager	18	(1,9 %)
6. Brev sendt til orientering	110	(11,8 %)
7. Ikke klagerett	18	(1,9 %)
8. Forespørslser m.v. uten tilknytning til klagesak	53	(5,7 %)
9. Anonyme og uforståelige henvendelser	10	(1,1 %)
I alt	928	(100 %)

To av de avviste sakene ble sendt andre myndigheter som rette vedkommende.

4.2 Realitetsbehandlede saker – behandlingsmåte og utfall

År	2003	2004
Realitetsbehandlede saker	1169 (54,5 %)	1107 (54,3 %)

Uttrykket *realitetsbehandlet* brukes her om alle saker som ikke er avvist av formelle grunner. I dette ligger at ombudsmannen har gitt uttrykk for et standpunkt i den saken som er brakt inn for ombudsmannen, eller har fått saken ordnet. En sak har også vært *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 saker vil ombudsmannens behandling normalt bare ha hatt som siktemål å finne ut om klagen kan begrunne at en nærmere undersøkelse settes i verk. Det vil i slike tilfeller bare i begrenset grad kunne sies at ombudsmannen da har tatt stilling til realiteten i den forvaltningssaken det er klaget på.

I mange saker begrenser ombudsmannen sine undersøkelser til forvaltningens saksbehandling. Mange klager over at offentlige organer ikke svarer på henvendelser eller at behandlingen tar for lang tid. Ombudsmannens behandling av klagen kan i slike saker ofte begrenses til en telefon til vedkommende forvaltningsorgan, jf. nedenfor. I statistikken vil slike saker bli registrert som realitetsbehandlede.

Nedenfor er de 1107 realitetsbehandlede sakene gruppert etter den behandling de ble gjenstand for hos ombudsmannen og hva som ble resultatet i saken:

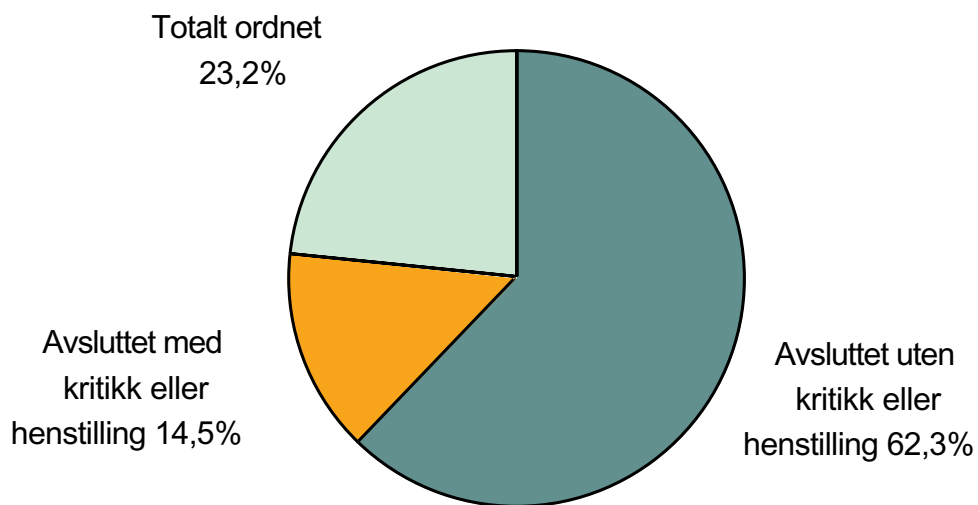
1. Unødvendig å innhente skriftlig uttalelse fra forvaltningen	756	(68,3 %)
a) Saken kunne ordnes ved en telefonhenvendelse	204	
b) Klagebrevet, eventuelt supplert med saksdokumentene, viste at klagen ikke kunne føre frem	552	
2. Innhentet skriftlig uttalelse fra forvaltningen	351	(31,7 %)
a) Saken ordnet uten at det var nødvendig med avsluttende uttalelse fra ombudsmannen	53	
b) Saken avsluttet med kritikk eller henstilling om å se på saken på nytt, eventuelt avbøte skadevirkninger	161	
c) Saken avsluttet uten kritikk eller henstilling, dvs. klagen førte ikke frem	137	
I alt	1107	(100 %)

Noen fullstendig oppgave over det endelige utfall av ombudsmannens behandling (med hensyn til hvor mange klagere som ble hjulpet til å få endret en avgjørelse, til å få erstatning osv.), er ikke mulig å gi, bl.a. fordi resultatet av fornyet behandling i for-

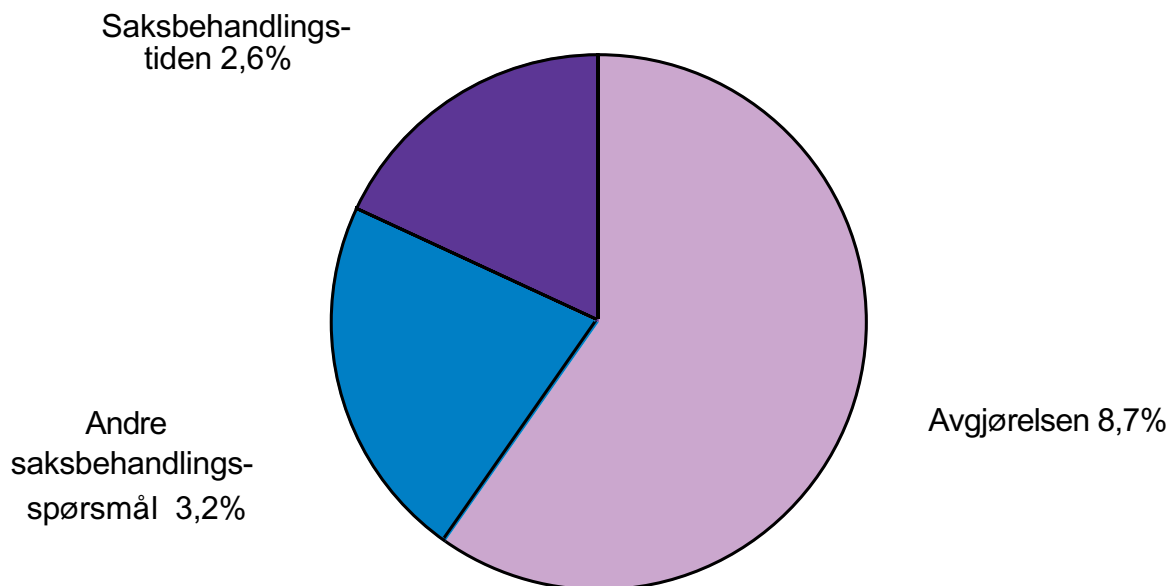
valtningen ofte kommer etter utgangen av statistikkåret. Slike opplysninger vil imidlertid bli publisert i senere årsmeldinger (kap. V Tilleggsopplysninger).

Utfallet av realitetsbehandlede saker fordeler seg slik:

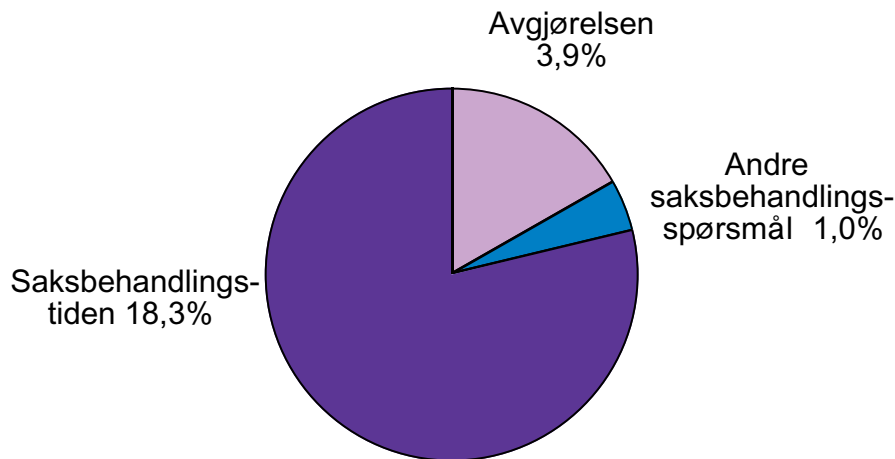
Realitetsbehandlede saker



Realitetsbehandlede saker avsluttet med kritikk eller henstilling (14,5%)



Realitetsbehandlede saker ordnet (23,2%)



4.3 Avsluttede saker – fordelt på forvaltningsorganer og saksområder

Forvaltningsorganer

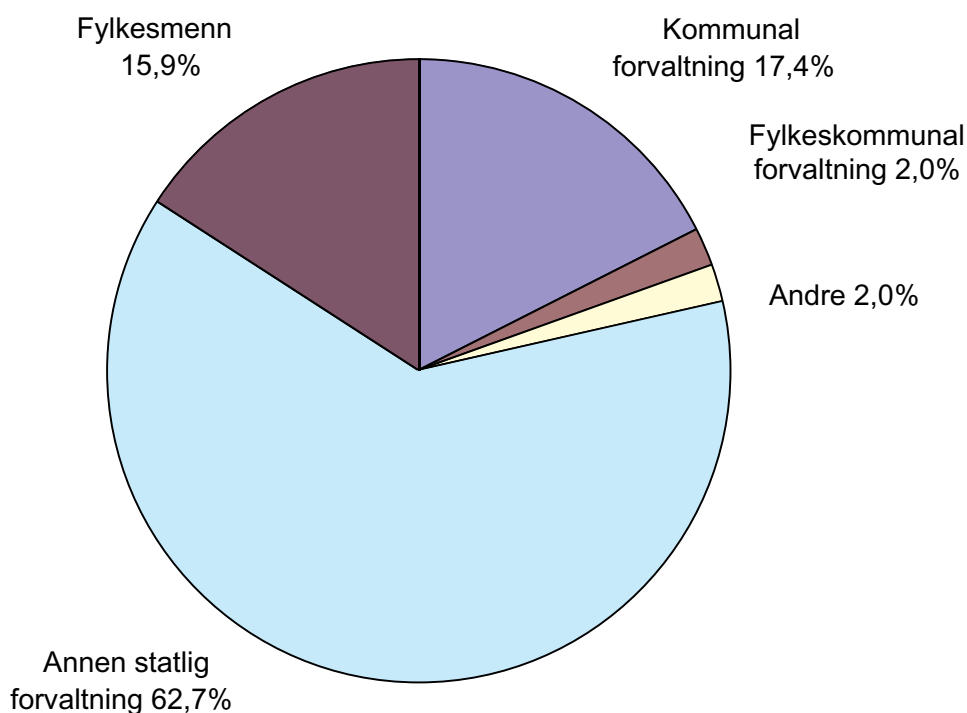
Klagesakene var, som tidligere år, fordelt på *hele* den offentlige forvaltningen, dvs. både statlig, kommunal og fylkeskommunal forvaltning. Sammenlignet med 2000 har det fra 2001 vært en nokså stabil økning i klagen på statlige forvaltningsorganer, i 2000 var det 1290, mot 1540 i 2001, 1588 i 2002, 1634 i 2003 og 1598 i 2004. I den samme perioden har antall klager mot kommunale og fylkeskommunale forvaltningsorganer gått gradvis ned fra ca. 850 i 2000, 630 i 2001, 558 i 2002, 455 i 2003 til 396 i 2004. I den statlige forvaltning var i 2004, som i de tre foregående år, flest klager rettet mot avgjørelser / saksbehandling av fylkesmennene og trygdemyndighetene (herunder Trygderetten). I 2004 var det en markant økning av klager rettet mot utlendingsmyndighetene, i det det innkom 215 klager i 2004 mot 108 i 2003.

Saksområder

Klagene var også i 2004 fordelt på mange og ulike saksområder og sakstyper. Som i de tre foregående år utgjorde plan- og byggesakene det største saksområdet. I 2004 fulgte deretter tilsettings- og tjenestesakene, utlendingssakene, trygdesakene, skolesakene, skatte- og ligningssakene, sosialsakene og fengselsakene.

Ombudsmannen får fortsatt mange klager på forvaltningens saksbehandlingstid. Både i 2003 og 2004 gjaldt 311 klager sen saksbehandling i forvaltningen. Til sammenligning kom det inn 308 klager på saksbehandlingstiden i 2002. I 2004 var det mange klager på saksbehandlingstiden i utlendingssaker, trygdesaker, helse- og sosialsaker og plan- og byggesaker.

Avsluttede saker fordelt på forvaltningsorgan



Avsluttede saker 2004 fordelt på forvaltningsorganer

	I alt	Avvist	Realitet
<i>Statsministerens kontor</i>	2	1	1
<i>Arbeids- og administrasjonsdepartementet</i>	13	5	8
Arbeidsmarkedetsetaten	36	21	15
Konkurransetilsynet	3	1	2
Statens Pensjonskasse	5	1	4
Arbeidstilsynet	7	6	1
Datatilsynet – Personvern- nemnda	1	1	–
<i>Barne- og familiedepartemen- tet</i>	11	3	8
Forbrukerrådet	2	1	1
Fylkesnemndene for sosiale saker	1	–	1
Likestillingsombudet	1	1	–
Statens barnevern- og familie- vern	2	2	–
<i>Finansdepartementet</i>	16	4	12
Folkeregistrene	7	4	3
Kredittilsynet	6	4	2
Skatte- og ligningsmyndig- heter	114	50	64

	I alt	Avvist	Realitet
Toll- og avgiftsmyndigheter ..	33	15	18
Statens innkrevingsentral	6	6	–
<i>Fiskeridepartementet</i>	8	–	8
Fiskeridirektoratet	6	2	4
<i>Forsvarsdepartementet</i>	8	4	4
Forsvarets bygningstjeneste ...	1	–	1
Forsvarets overkommando	1	–	1
<i>Justis- og politidepartementet</i>	36	10	26
Politidirektoratet	31	10	21
Domstolene	21	20	1
Erstatningsnemnda for volds- ofre	4	2	2
Kriminalomsorgen	48	24	24
Politi- og påtalemyndigheter .	63	40	23
Namsmennene	6	6	–
Tilsynsrådet for advokatvirk- somhet	1	1	–
Billighetserstatningsutvalget ..	4	4	–
Disiplinærnemnden for advo- kater	2	2	–

	I alt	Avvist	Realitet		I alt	Avvist	Realitet
Justissekretariatene	1	–	1	Post- og teletilsynet	1	1	–
Luftfartsregisteret	1	–	1	Vegmyndigheter	27	19	8
<i>Utdannings- og forsknings-</i>				<i>Helsedepartementet</i>	15	8	7
<i>departementet</i>	7	4	3	Fylkesleger	4	1	3
Norges forskningsråd	1	1	–	Kontrollkommisjoner	1	–	1
Statens lånekasse for utdan-				Norsk pasientskadeerstatning	6	3	3
ning	30	4	26	Sosial- og helsedirektoratet ...	2	1	1
Universiteter og høyskoler	55	25	30	Statens helsetilsyn	30	17	13
Utdanningsdirektoratet	1	1	–	Sykehus- og helseinstitusjo-			
Meteorologisk institutt	1	–	1	ner	16	10	6
<i>Kommunal- og regionalde-</i>				Regionale helseforetak	3	2	1
<i>partementet</i>	9	3	6	Statens autorisasjonskontor			
Utlendingsdirektoratet	96	45	51	for helsepersonell	1	–	1
Utlendingsnemnda	119	29	90	<i>Utenriksdepartementet</i>	7	3	4
Den Norske Stats Husbank	6	5	1	<i>Sosialdepartementet</i>	5	–	5
Statens bygningstekniske etat	1	1	–	Trygderetten	34	13	21
Sametinget	1	–	1	Trygdemyndigheter	151	71	80
<i>Kultur- og kirkedepartementet</i>	13	7	6	<i>Fylkesmenn</i>	324	98	226
Norsk Rikskringkasting	2	2	–	<i>Fylkeskommunal forvaltning .</i>	41	18	23
Den norske kirke	3	1	2	<i>Kommunal forvaltning</i>	355	202	153
Museer	3	3	–	<i>Andre</i>	41	36	5
<i>Landbruksdepartementet</i>	6	2	4	Sum	2035	928	1107
Landbruksetaten/fylkesland-							
bruksstyrene	15	1	14	Avsluttede saker 2004 fordelt på saksområder			
Reindriftsadministrasjonen	4	1	3	og sakstyper			
Statens dyrehelsetilsyn	4	3	1				
Statens landbruksforvaltning .	10	1	9				
Statskog	5	2	3				
Statens naturskadefond	1	–	1				
Klagenemnda for kvoteord-							
ning for melk	1	–	1				
Mattilsynet	4	3	1				
<i>Miljøverndepartementet</i>	23	13	10				
Direktoratet for naturforvalt-							
ning	5	2	3				
Statens forurensningstilsyn	2	1	1				
Statens kartverk	1	–	1				
Norsk polarinstitutt	1	–	1				
Riksantikvaren	3	2	1				
<i>Nærings- og handelsdepar-</i>							
<i>tementet</i>	8	2	6				
Sjøfartsdirektoratet	1	–	1				
Brønnøysundregistrene	2	2	–				
<i>Olje- og energidepartementet</i>	7	3	4				
Energiforetak	2	2	–				
Norges vassdrags- og energi-							
verk	1	1	–				
<i>Samferdselsdepartementet</i>	5	1	4				
Jernbaneverket	3	1	2				
Norges statsbaner	1	–	1				

	I alt	Avvist	Realitet
Arbeidsliv. Utdanning.			
Forskning. Kultur. Lotteri.			
Åndsrett. Målbruk i			
offentlig tjeneste.			
<i>Isolerte Saksbehandlings-</i>			
<i>spørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, mang-			
lende svar	21	9	12
Offentlighet, taushetsplikt,			
dokumentinnsyn	31	16	15
Saksomkostninger, erstat-			
ning	1	1	–
Saksbehandlingen, annet	31	18	13
Ombudsmannen (klage på) .	1	1	–
Tilsetting	84	22	62
Arbeids- og tjenesteforhold .	44	22	22
Arbeidsmiljø, vernebestem-			
melser	6	5	1
Lønnsgaranti	3	2	1
Annet om arbeidsliv	3	3	–

	I alt	Avvist	Realitet		I alt	Avvist	Realitet
Grunnskoler	31	15	16	Barnevern, omsorg for barn	18	14	4
Videregående opplæring i skole	16	6	10	Barnehager	6	3	3
Videregående opplæring i bedrift	1	–	1	Vergemål, hjelpeverge	4	2	2
Høgskoler og universiteter ..	19	8	11	Ekteskap, separasjon, skilsmisse	1	1	–
Offentlig godkjenning av yrkesutøvere	6	3	3	Annet om familie- og personsaker	2	1	1
Studiefinansiering	29	7	22				
Annet om utdanning	4	2	2	Ressurs- og miljøforvaltning. Plan og bygg. Ekspropriasjon. Friluftsliv			
Forskning	1	1	–	<i>Isolerte saksbehandlings-spørsmål:</i>			
Lotteri, tillatelser	2	2	–	Saksbehandlingstid, manglende svar	53	19	34
Målbruk i offentlig tjeneste .	1	1	–	Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	2	–	2
				Saksomkostninger, erstatning	7	5	2
Helse- og sosialvesen.				Saksbehandlingen, annet	31	11	20
Trygd. Familie- og personsaker							
<i>Isolerte saksbehandlings-spørsmål:</i>				Energi	6	5	1
Saksbehandlingstid, manglende svar	95	35	60	Miljøvern	29	16	13
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	22	11	11	Renovasjonsordning, feiing .	15	6	9
Saksomkostninger, erstatning	27	13	14	Vannforsyning- og avløp	18	8	10
Saksbehandlingen, annet	38	26	12	Annet om ressurs- og miljøvern	2	1	1
Helse- og sosialvesen, generelt	1	1	–				
Godkjenning av tilbud	4	2	2	Plan og bygg, generelt	1	1	–
Behandling, tvang, klage på personell, pasientskade	31	17	14	Kart- og delingssaker	1	1	–
Journalsspørsmål m.v	8	6	2	Plansaker	38	19	19
Betaling for opphold, refusjon, pasientmidler	11	6	5	Dispensasjon fra plan, strandsone	64	10	54
Økonomisk stønad	35	24	11	Andre byggesaker	98	35	63
Sosiale tjenester utenfor institusjon	21	10	11	Behandlingsgebyr	1	1	–
Annet om helse- og sosialvesen	5	4	1	Annet om plan og bygg	4	4	–
Trygd, generelt	1	1	–				
Medlemskap i folketrygden	1	–	1	Ekspropriasjon	4	4	–
Ytelser ved fødsel, adopsjon, forsørgelse av barn	8	4	4	Annet	2	–	2
Ytelser ved arbeidsløshet	16	8	8	Næring. Kommunikasjon. Distriktsutbyggingsfond. Husbanken m.m. Konkurransforhold, pris			
Ytelser ved sykdom	53	25	28	<i>Isolerte saksbehandlings-spørsmål:</i>			
Alderspensjon, etterlattepensjon	15	11	4	Saksbehandlingstid, manglende svar:	26	5	21
Annet om trygd	11	6	5	Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	7	2	5
Familie- og personsaker, generelt	1	1	–	Saksomkostninger, erstatning	5	2	3
Barnebidrag, ektefellebidrag	37	14	23	Saksbehandlingen, annet	19	14	5
Adopsjon	3	–	3				

	I alt	Avvist	Realitet		I alt	Avvist	Realitet
Fiske, fangst, jakt	10	2	8	Saksbehandlingen, annet	26	12	14
Landbruk, skogbruk, rein- drift	52	17	35	Domstoler	12	12	–
Sjøfart, luftfart	5	–	5	Påtalemyndighet og politi ...	37	30	7
Reiseliv, hoteller og res- tauranter, skjenkebevilling ..	4	2	2	Kriminalomsorg.....	39	23	16
Transportløyver, motorferd- sel i utmark	11	6	5	Rettshjelp	17	6	11
Annet om næring	5	5	–	Tvangsfullbyrdelse, gjelds- ordning	11	11	–
Samferdsel (veier, jernbane, havn, flyplass)	20	13	7	Offentlige erstatningsord- ninger	10	8	2
Telefon, kringkasting	6	4	2	Annet om justis	6	3	3
Vegtrafikk (førerkort, par- keringsstillatelse, m.v.)	29	14	15	Utlendingssaker, generelt	3	2	1
Kollektivtransport	2	2	–	Asylsaker	59	22	37
Husbanken m.m.	7	6	1	Visum, statsborgerskap	6	3	3
Konkurransforhold, pris	5	4	1	Oppholds- og arbeidstil- latelse	43	20	23
Annet	5	5	–	Utvisning, bortvisning	6	2	4
				Annet om utlendingssaker ...	7	3	4
Skatter og avgifter				Offentlige registre. Offent- lige anskaffelser. Offent- lige eiendommer. Forsvar. Utenriksforvaltning			
<i>Isolerte saksbehandlings- spørsmål:</i>				<i>Isolerte saksbehandlings- spørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, mang- lende svar	21	8	13	Saksbehandlingstid, mang- lende svar	5	4	1
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	2	–	2	Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	4	2	2
Saksomkostninger, erstat- ning	11	3	8	Offentlige registre	11	5	6
Saksbehandlingen, annet	17	9	8	Offentlige anskaffelser	3	2	1
Utligning av skattepliktig inntekt	39	20	19	Offentlige eiendommer	5	4	1
Ettergivelse, lemping	13	4	9	Forsvar	2	2	–
Administrative reaksjoner (tilleggsskatt m.v.)	3	1	2	Annet	1	1	–
Andre skattesaker	30	14	16				
Annet om skatt	1	–	1	5. Uavsluttede saker			
Toll	13	5	8	Uavsluttede saker pr. 1. januar 2005 var 333. Til sammenligning var det 423 uavsluttede saker ved forrige årsskifte. Nedgangen i restansen har sam- menheng med færre innkomne saker.			
Merverdiavgift, investe- ringsavgift	16	8	8	De sakene som ikke var avsluttet ved siste års- skifte, fordeler seg slik:			
Særavgifter	19	5	14	Innkomet i 2003			33
Annet om avgifter	3	1	2	Innkomet i 2004			300
Justis. Stiftelser. Uten- dingssaker							333
<i>Isolerte saksbehandlings- spørsmål:</i>							
Saksbehandlingstid, mang- lende svar	90	28	62				
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	15	6	9				
Saksomkostninger, erstat- ning	26	1	25	De uavsluttede sakene var dels under behandling her, og dels til uttalelse hos vedkommende forvalt- ningsorgan eller hos klageren.			

V. Tilleggsopplysninger i saker referert i tidligere årsmeldinger

Meldingen for 2000

Nr. 12 (s. 82–85)

jf. Meldingen for 2001

Kap. V (s. 60)

jf. Meldingen for 2002

Kap. V (s. 59)

jf. Meldingen for 2003

Nr. 4 (s. 55–57)

Innsyn i dokumenter med opplysninger om bivirkninger av legemiddel

(Sak 1999–672 og 2002–0586)

Helsedepartementet mottok svar fra Legemiddelverket 2. januar 2004 hvor det ble åpnet for at innsyn kunne gis i bivirkninger som gjengis i registrerings-søknaden. I svar til Legemiddelverket 24. februar 2004 med gjenpart til ombudsmannen sa departementet seg enig i den vurdering som var gjort av Legemiddelverket på bakgrunn av både ombudsmannens og Justisdepartementets lovavdelings uttalelse med hensyn til etatens taushetsplikt. Departementet ba Legemiddelverket om at klager ble gitt innsyn.

Meldingen for 2000

Nr. 63 (s. 215–217)

jf. Meldingen for 2002

Kap. V (s. 60)

jf. Meldingen for 2003

Kap. V (s. 42)

Fradrag for utgifter til pendling

(Sak 2000–0248 og 2002–2154)

Stortinget vedtok 10. desember 2004 Finansdepartementets forslag til lovendring hvoretter ligningslovens alminnelige fristregler ikke lenger kan være til hinder for at ligningen tas opp til endring som følge av ombudsmannens uttalelse. Bestemmelsen ble gitt virkning for saker hvor ombudsmannen har avgitt uttalelse fra og med 1. januar 2000. Ligningsmyndigheten har på denne bakgrunn opplyst at klagernes sak nå vil bli tatt opp til endring.

Meldingen for 2001

Nr. 31 (s. 114–118)

Utlevering av dokumenter fra Konkurransetilsynet – spørsmål om taushetsplikt etter konkurranseloven § 4–2

(Sak 2000–1601 og 2005–0074)

Konkurransetilsynet kom i e-post 20. januar 2004 tilbake til saken. Tilbakemeldingen var at Konkur-

ransetilsynet ville rette seg etter ombudsmannens merknader. Konkurransetilsynet har deretter i brev 11. januar 2005 bekreftet at Konkurransetilsynet har tatt ombudsmannens vurdering i saken til etterretning og innrettet sin praksis deretter. Det er videre gjort oppmerksom på at det er kommet en ny konkurranselov (lov 5. mars 2004 nr. 5 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenlutninger) som trådte i kraft 1. mai 2004. Det er opplyst at den tidligere konkurranseloven § 4–2 som var den relevante bestemmelse i saken bare er delvis videreført i den nye konkurranseloven § 27 annet ledd som lyder:

«Enhver med rettslig klageinteresse kan kreve innsyn i dokumenter hos konkurransemyndighetene i en avsluttet sak om overtredelse av § 10, § 11 eller pålegg etter § 12. For at innsynsretten skal kunne omfatte opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, kreves det at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Blir det begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter denne bestemmelse, skal de som har krav på taushet varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Avslag på begjæring om innsyn kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.»

Konkurransetilsynet har påpekt at tilsynet etter bestemmelsen om innsyn i dokumenter hos konkurransemyndighetene i den nye konkurranseloven ikke har samme adgang som tidligere til å offentliggjøre opplysninger om konkurransebegrensende samarbeid og vilkår. Innsynsrett er nå begrenset til personer med rettslig interesse og kan kun gis i en avsluttet sak. Videre er det blant annet påpekt at dersom innsynsretten skal omfatte opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, kreves det at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Det er også påpekt at det nå er uttrykkelig regulert i loven at de som har krav på taushet skal varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet dersom det blir begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger. Det er opplyst at Konkurransetilsynet har utarbeidet retningslinjer for behandling av opplysninger underlagt taushetsplikt og at disse er oppdatert i henhold til den nye konkurranseloven av 2004. Kopi av retningslinjene er oversendt ombudsmannen.

Meldingen for 2002

Nr. 18 (s.130–132)

Innsyn i menighetsrådenes avstemningsresultat ved utnevning av ny biskop
(Sak 2002–1513)

Kultur- og kirke departementet uttalte i brev hit at det tok ombudsmannens uttalelse til etterretning og ville ved fremtidige bispeutnevninger avstå fra å be menighetsrådene om å utsette eventuell offentliggjøring av stemmegivningen til etter utløpet av fristen for å avgi stemme.

Meldingen for 2002

Nr. 29 (s. 181–184)

jf. Meldingen for 2003

Kap. V (s. 43–44)

Grunnstønad til dekning av ekstrautgifter ved fordyret kosthold – kravet til dokumentasjon
(Sak 2000–1936 og 2004–1529)

Klageren, ved datteren, tok senere ut stevning for lagmannsretten med påstand om at Trygderettens to kjennelser i saken var ugyldige og at saken ble fremmet. Lagmannsretten fant at søksmålet ble å avvise fordi søksmålsfristen var utgått, jf. Trygderettsloven 16. desember 1966 nr. 9 § 23 fjerde ledd og det ikke kunne gis oppreisning mot oversittelsen av fristen, jf. domstolloven 13. august 1915 nr. 5 §§ 153 og 154. Kjennelsen ble påkjært, men Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at kjæremålet ikke kunne føre frem og lagmannsrettens kjennelse ble stadfestet i medhold av tvistemålsloven 13. august 1915 nr. 6 § 403 a.

Meldingen for 2003

Kap. III (s. 24)

Dispensasjonspraksis i forhold til parkeringsdekning
(Sak 2002–1491 og 2004–2227)

Ved den nye behandlingen i kommunen ble ombudsmannens merknad tatt til etterretning. Kommunen la til grunn at «differanseprinsippet» ikke kunne anvendes ved riving og gjenoppføring av ny bebyggelse. Istedenfor dispensasjon stilte kommunen krav om frikjøp etter reglene i vedtekt til pbl § 69 nr. 4.

Meldingen for 2003

Nr. 8 (s. 68–71)

Nedtegning av muntlige innhentede opplysninger og spørsmål om rett til innsyn i dokumenter med opplysninger fra referanseperson

(Sak 2003–0400)

På bakgrunn av ombudsmannens kritikk anmodet fylkesmannen sykehuset om å gjøre et nytt forsøk på å avklare hvilke opplysninger som ble gitt av refe-

ransen. Både referansen og oversykepleieren som innhentet referansen ble på denne bakgrunn bedt om en skriftlig redegjørelse. Begge fastholdt at de ikke kunne erindre det konkrete innholdet i samtalen. Oversykepleieren redegjorde imidlertid for hvilke faktiske opplysninger som ble lagt til grunn ved avgjørelsen i tilsetningssaken. Redegjørelsene ble oversendt klageren for innsyn.

Klageren ble også i tråd med ombudsmannens anbefaling, gitt en formell og uforbeholden beklagelse for den feil som var gjort.

Fylkesmannen opplyste avslutningsvis i brev hit at sykehuset nå hadde lagt om sine rutiner for håndtering av muntlig informasjon i tilsetningssaker og at sykehuset i denne sammenheng hadde lagt ombudsmannens vurderinger og konklusjoner til grunn.

Meldingen for 2003

Nr. 10 (s. 74–76)

Manglende selvstendig overprøving fra klageinstansen i sak om innsyn i søkerliste til rådmannsstilling

(Sak 2002–0894 og 2004–2404)

Fylkesmannen i Hordaland opprettholdt etter en fornyet vurdering sin avgjørelse om å imøtekomme anmodningen fra fire av søkerne til stillingen som rådmann i Osterøy kommune om å være unntatt fra oppføring på søkerlisten.

Kystradioen anmodet ombudsmannen om å se nærmere på fylkesmannens fornyede vurdering av innsynsspørsmålet. Ombudsmannen fant at fylkesmannen syntes å ha foretatt en konkret vurdering av hver enkelt søker, slik ombudsmannen hadde bedt om, og relevante momenter var trukket frem. Den nærmere vurderingen av om det er grunn til å utvise meroffentlighet er av skjønnsmessig karakter, og ombudsmannen kan bare kritisere slike avgjørelser dersom det hefter feil ved skjønnet eller vedtaket fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Det var ikke grunn til å anta at videre undersøkelser ville kunne lede til slike karakteristikk av fylkesmannens fornyede vurdering.

Meldingen for 2003

Nr. 13 (s. 83–86)

Ytringsfrihet og lojalitetsplikt for kommunalt ansatt
(Sak 2002–0872 og 2004–1968)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet Oslo kommunes klagenemnd saken på nytt. Klagenemnda besluttet å opprettholde vedtaket om illeggelse av tjenestepåtale. I begrunnelsen for vedtaket het det bl.a. følgende:

«Det legges til grunn at klager har uttalt seg kritisk til pressen om forholdene ved sin arbeids-

plass, og at opplysningene som ble gitt, ikke var korrekte. Klagenemnda anser dette som et brudd med den ansattes lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver som kan falle inn under Oslo kommunes personalhåndbok pkt. 3.5.1., jfr. personalreglementets § 14 og fellesbestemmelsenes § 15. De innsigelser som fremkommer av Sivilombudsmannens betenkning av 30. september 2003, er vurdert, men rokker verken ved de faktiske forhold som er lagt til grunn for vedtaket, eller ved rettsanvendelsen.»

I brev til Oslo kommune 17. desember 2004 fant ombudsmannen grunn til å bemerke at det etter en gjennomgang av klagenemndas fornyede vurdering av saken knyttet seg begrunnet tvil til om det faktiske grunnlaget for ileggelsen av tjenestepåtale hadde vært tilfredsstillende klarlagt og ved den bevisvurdering nemnda hadde foretatt. Ombudsmannen understreket videre at det må være et vidt spillerom for de ansatte til å gi uttrykk for sine personlige meninger om forholdene på sin arbeidsplass og viste i denne forbindelse til Arbeidslivsutvalgets utredning (NOU 2004:5) og til endringen i Grunnloven § 100, som ble vedtatt av Stortinget 30. september 2004. Han viste også til sin uttalelse i saken 30. september 2003 der det ble understreket at ordensstraff bør brukes unntaksvis og bare når det klart er påkrevet og grunnlaget for det er uomstridt og åpenbart. Etter ombudsmannens syn var bruk av tjenestepåtale i det foreliggende tilfellet en uforholdsmessig reaksjon.

Ombudsmannen ga uttrykk for at det fremdeles knyttet seg begrunnet tvil til vesentlige rettslige forhold av betydning i saken og ba derfor om at klagenemnda revurderte sitt standpunkt.

I brev 5. januar 2005 opplyste Oslo kommune at ombudsmannens brev var lagt frem for klagenemnda for behandling.

Meldingen for 2003

Nr. 14 (s. 86–89)

Spørsmål om berettigelsen av å bruke ordensstraff i stedet for tjenstlig tilrettevisning (Sak 2003–0404 og 2004–1378)

Oslo kommunes klagenemnd opprettholdt vedtaket i møte 2. mars 2004, sak 57. Fra vedtaket siteres:

«Sivilombudsmannen legger til grunn at skriftlig tjenestepåtale er en straffelignende reaksjon og at den må brukes «med varsomhet». Selv om tjenestepåtale er karakterisert som «ordensstraff» i forvaltningsloven § 2 andre ledd, er det etter klagenemndas oppfatning vesentlige forskjeller mellom tjenestepåtale og straff i egentlig forstand. Etter tradisjonell definisjon anses straff som et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at overtrederen skal føle det som et onde. Tjenestepåtale bygger på at arbeidstakeren har misligholdt arbeidsavtalen og er et uttrykk for at et nærmere angitt forhold ikke er akseptabelt og ikke bør gjenta seg, samt at det vil kunne medføre opphør av arbeidsforholdet om arbeids-

takeren forgår seg på nytt. Det dreier seg altså om et avtalebrudd, ikke en lovovertreddelse. Videre er ikke siktemålet med tjenestepåtale å påføre arbeidstakeren et onde, men et varsel.

Slik klagenemnda ser det, er det altså liten grunn til å trekke sammenlikninger mellom tjenestepåtale og straff, iallfall hvis konsekvensen skal være at tjenestepåtale bare kan tildeles i særlig graverende tilfelle. Riktig nok er nemnda enig i at tjenestepåtale er en forholdsvis alvorlig reaksjon som ikke bør brukes i utide. Forholdene som ligger til grunn må være tilstrekkelig dokumentert, og saksbehandlingen må være forsvarlig. Etter klagenemndas oppfatning må imidlertid kommunen som arbeidsgiver ha en forholdsvis vid skjønsmessig adgang til å legge tjenestepåtale, så lenge dette ligger innenfor personalreglementet § 12 og utgangspunktene i personalhåndboken pkt 3.5.2 er fulgt. Adgangen bør for øvrig ikke være for snever. Tjenestepåtale dekker et klart behov, idet den er godt egnet til å tydeliggjøre kommunens forventninger til arbeidstakeren og at det vil kunne føre til opphør av arbeidsforholdet om disse (fortsett) ikke innfris. Samtidig gis kommunen en mulighet til å reagere uten å gå til oppsigelse. Det må antas at begge parter kan være tjent med en slik løsning i en del tilfelle.

3. Brann- og redningsetatens behandling høsten 2002. Muntlig tilrettevisning med påfølgende skriftlig tjenestepåtale

Sivilombudsmannen har stilt spørsmål ved kommunens reaksjon med muntlig tilrettevisning, varsel om tjenestepåtale og tjenestepåtale i rask rekkefølge. Klagenemnda oppfatter det slik at A i møtet 28. september 2002 ikke la for dagen noen vilje til endring, og at dette var medvirkende til at Brann- og redningsetaten fant å måtte reagere med tjenestepåtale. Tjenestepåtalen ble til delt da A ikke la for dagen noen vilje til endring.

4. Om det er grunnlag for å ilegge skriftlig tjenestepåtale på grunnlag av mangelfull faglig fungering og mangelfull tilpasning til arbeidet

Sivilombudsmannen har på generelt grunnlag tatt opp kriteriene for bruk av skriftlig tjenestepåtale slik de er oppstilt i personalhåndboken.

Klagenemnda vil bemerke at tjenestepåtale må kunne brukes med mangelfull faglig fungering og mangelfull tilpasning til arbeidet. Dette fordi det ofte kan være vanskelig å avgjøre om man har å gjøre med slike forhold eller med et kritikkverdig forhold av en annen karakter. Videre ville det gi dårlig sammenheng i regelverket om mangelfull faglig fungering og mangelfull tilpasning til arbeidet skulle kunne begrunne oppsigelse, noe som utvilsomt er tilfelle, men ikke tjenestepåtale.

5. Konklusjon

Det er etter klagenemndas syn grunnlag for å opprettholde vedtaket om å tildele A skriftlig tjenestepåtale. Skriftlig tjenestepåtale var og er etter klagenemndas oppfatning både hensiktsmessig og forholdsmessig.»

I brev til kommunen 8. juni 2004 uttalte ombudsmannen:

«Jeg har merket meg klagenemndas synspunkter, og legger til grunn at nemnda er enig i det prinsipielle utgangspunktet at tjenestepåtale er en reaksjon av (forholdsvis) alvorlig karakter, og derfor bør brukes med varsomhet. Det er riktig som nemnda påpeker, at tjenestepåtale ikke er straff, og atskiller seg fra straff på vesentlige punkter. Samtidig er det imidlertid likhetstrekk, og da særlig at det i begge tilfeller dreier seg om tyngende reaksjoner som ilegges som reaksjon på uønsket atferd. Når ordensstraff blir ilagt, er ikke siktemålet bare å gi arbeidstakeren et varsel, slik klagenemnda uttrykker det, men også – og kanskje først og fremst – å markere, ved bruk av en sanksjon, at det arbeidstakeren har gjort, er uakseptabelt.

Arbeidsgiverens behov for å «tydeliggjøre kommunens forventninger til arbeidstakeren», bør i første rekke kunne dekkes gjennom generelle regler, informasjon og veiledning, samt tilrettevisninger av ulik karakter. Ønsker arbeidsgiver å «tydeliggjøre ... at det vil kunne føre til opphør av arbeidsforholdet» om forventningene (fortsatt) ikke innfris, bør det i første omgang kunne skje gjennom en tydelig advarsel.

Slik klagesaken gjennom saksdokumentene har vært opplyst for meg, ble sakens alvor og karakter som personalsak først formidlet til A i møtet 28. september 2002. Kun fire dager etter ble det gitt forhåndsvarsel om tjenestepåtale. Jeg har merket meg opplysningen om at A ikke la for dagen noen vilje til endring. Dette er klart nok et moment i vurderingen av om ordensstraff skulle ilegges og eventuelt på hvilket tidspunkt. Ut fra det skriftlige materialet i saken har jeg likevel fortsatt vanskeligheter med å forstå at det var nødvendig å reagere så raskt og såpass skarpt når det var en felles forståelse for at A trengte hjelp. Dersom kommunen ville gå videre med saken som en personalsak, syntes det naturlig i første omgang å gi en skriftlig tilrettevisning med en nærmere presisering av tjenestepliktene og en påvisning av As angivelige brudd på disse.

I ordensstraffen A ble gitt, er de utløsende handlinger ganske generelt beskrevet. Også dette kan sies å være en mangel. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette da jeg – som det fremgår – fortsatt mener at det som her fremkommer peker i retning av at kommunen burde ha brukt andre virkemidler enn ordensstraff.

Når det gjelder anvendelsen av kriteriene for bruk av ordensstraff slik disse fremkommer i kommunens personalhåndbok, bør opplæring, tilrettevisning og etterutdanning etter mitt syn fortsatt være blant arbeidsgiverens normale tiltak overfor arbeidstakere med manglende faglig kompetanse og arbeidstakere som utfører arbeidsoppgavene utilstrekkelig. Jeg er ikke uenig i at det i disse tilfellene også vil kunne være aktuelt med ordensstraff, og at slike forhold etter omstendighetene også vil kunne være oppsigelsesgrunn. Men på samme måte som for

spørsmålet om oppsigelse, må det foretas en helhetsvurdering der det bl.a. tas hensyn til arbeidsgiverens plikt til tilrettelegging og opplæring, til forholdets grovhet og om advarsel er gitt.

Saken er med dette avsluttet fra min side.»

Meldingen for 2003

Nr. 15 (s. 89–90)

Forskjellbehandling av uorganisert arbeidstaker ved utbetaling av lønnstillegg etter lokale forhandlinger

(Sak 2002–2042, 2003–1731 og 2004–2673)

Ombudsmannen fant av eget tiltak grunn til å be kommunen opplyse om det var andre arbeidstakere i kommunen i samme situasjon som klageren. Kommunen ble i så fall bedt om å opplyse om den hadde vurdert eller ville vurdere om det var aktuelt med tilbakebetaling av lønn også til disse arbeidstakerne.

I brev hit opplyste kommunen bl.a. følgende:

«Da vedtaket fra 1999 ble effektivt, var det andre uorganiserte som ble påvirket av forhandlingene i 1999 og 2000.

...

I saken om krav om etterbetaling, ble det presisert fra administrasjonsutvalget at saken ikke hadde presedens.

Eventuelt nye individuelle krav vil bli vurdert».

Ovennevnte ble oppfattet som en bekreftelse på at det var andre arbeidstakere i kommunen i samme situasjon som klageren, men at kommunen ikke ville vurdere spørsmålet om etterbetaling av lønn med mindre det blir fremsatt krav om dette fra den enkelte berørte arbeidstaker.

På bakgrunn av dette uttalte ombudsmannen bl.a. følgende i brev til kommunen:

«I mitt brev til kommunen 28. januar 2003 konkluderte jeg med at kommunens forskjellsbehandling i forbindelse med lønnsforhandlingene 2000 og 2001 var rettsstridig. Jeg har notert meg at kommunen har fulgt opp ved å etterbetale lønn med renter til A og jeg legger til grunn at eventuelle etterbetalingskrav som måtte komme fra andre arbeidstakere i samme situasjon som A, vil måtte få samme utfall.

Det foreligger i saken en rettsstridig opptreden fra kommunens side i forbindelse med de aktuelle lønnsoppgjørene, og flere arbeidstakere er rammet. God forvaltningsskikk tilsier da at kommunen på eget initiativ iverksetter nødvendige tiltak for å rette opp feilen overfor de berørte personene. Jeg antar at det ikke byr på nevneverdige praktiske problemer å gjennomføre dette.

På denne bakgrunn ber jeg kommunen på nytt vurdere å etterbetale lønn til arbeidstakerne som var i samme situasjon som A. Under enhver omstendighet må kommunen sørge for at de aktuelle arbeidstakerne blir gjort kjent med As sak, og at de blir gjort

kjent med deres muligheter til å fremme krav om etterbetaling.

Jeg ber om å bli holdt orientert om kommunens fornyede vurdering.»

Etter at det var minnet om saken, opplyste kommunen i brev hit bl.a. følgende:

«Alle uorganiserte har fått melding gjennom sin nærmeste leder/virksomhetsleder om at dersom de mener seg forskjellsbehandlet i kommunen mht. lønnsutvikling i.f.h.t. de organiserte så må de melde det.

Kommunen forholder seg forøvrig til de uorganiserte som til de organiserte, man søker om lønnsjustering, enten gjennom fagforeningen eller for uorganiserte, i eget brev til arbeidsgiver, og evt. lønnsjustering gis på samme premisser til org. som uorg.

Dersom vi gir lønnsjustering til grupper av arbeidstakere så reguleres lønna til uorg. automatisk. Vi har gått igjennom alle våre ansatte, og lønn er justert slik at det ikke er mulig å si at uorg. har annen lønn enn de ville hatt som org.

Relatert til dette finner vi at 11 personer fikk utsatt virkningstidspunktet for ny lønn med 3 måneder i forbindelse med lokale forhandlinger i 2000 og 2001. Vi etterbetaler slik vi gjennomførte med A.»

Saken ble etter dette avsluttet her.

Meldingen for 2003

Nr. 16 (s. 90–93)

Motregning i krav på etterbetaling av lønn for omsorgsarbeid i hjemmet

(Sak 2002–2395 og 2004–1721)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse vurderte skolen motregningen på nytt. Skolens ledelse konstaterte at den hadde en annen oppfatning av saken enn ombudsmannen. Skolen valgte likevel å tilbakebetale det motregnede beløpet på kr 12 000 med renter.

Meldingen for 2003

Nr. 22 (s. 105–108)

Retten til å få godskrevet pensjonsansiennitet frem til oppnådd aldersgrense

(Sak 2002–2019 og 2004–2106)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse tilskrev Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) Forsvarsdepartementet og ba om en ny vurdering, blant annet om det innebar «positive» konsekvenser for andre arbeidstakere at A gikk av med pensjon. Forsvarsdepartementets svar førte til at AAD «i dette spesielle tilfellet» fant å kunne samtykke i at A fikk godskrevet tiden frem til stillingens aldersgrense som pensjongivende i Statens Pensjonskasse. AAD forsto Forsvarsdepartementet slik at As fratreden kunne gi rom for en yngre arbeidstaker som el-

lers ville ha blitt sagt opp. Statens Pensjonskasse orienterte senere om at A hadde fått godskrevet fremtidige pensjonspeng.

Meldingen for 2003

Nr. 23 (s 108–111)

Opptak til videreutdanning ved høgskole var å anse som enkeltvedtak

(Sak 2002–1230)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse oppfordret Utdannings- og forskningsdepartementet utdanningsinstitusjonene om å informere sine samarbeidspartnere om at også opptak til oppdragsundervisning, hvor oppdragsgiver foretar konkrete vurderinger som påvirker opptaket, er å betrakte som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Meldingen for 2003

Nr. 31 (s. 123–126)

Reduksjon av uføregrad – kravet om endret ervervs- eller arbeidsevne

(Sak 2002–2390 og 2004–2725)

Rikstrygdeverket ba fylkestyregkontoret behandle saken på nytt, som deretter omgjorde vedtaket i samsvar med ombudsmannens anbefaling.

Meldingen for 2003

Nr. 33 (s. 128–132)

Etterbetaling av omsorgslønn

(Sak 2003–0897 og 2004–1671)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse ble saken behandlet på nytt av Fylkesmannen i Hordaland, som i nytt vedtak opphevet kommunens vedtak. Fylkesmannen uttalte avslutningsvis:

«Fylkesmannen finn at Fjell kommune ikkje har gjeve omsorgsmottakaren eit samanhengande forsvarleg tenestetilbod i tida før 01.01.99. Kommunen har sjølv stadfest at vedteke tilbod om avlastning ikkje har vore effektuert etter vedtakets innhald. Slik saka er presentert for fylkesmannen i saksdokumenta frå Sivilombodsmannen, kan ein ikkje vurdera i kva omfang kommunen kan haldast ansvarleg for omsorgsløn. Det avheng av ei konkret vurdering av kva ekstraordinært omsorgsarbeid klagaren hadde med dottera i tida før 01.01.99. Fjell kommune må gjere ei slik realitetsvurdering og på det grunnlaget utmåla omsorgsløn i tid (t.d. antal timar per veke). Verdien av omsorgsløna følgjer av forvaltningspraksis, vi viser imidlertid til tilrådd timeløn i rundskriv I-42/98 s. 10.

Fjell kommune må gjere nytt vedtak om omsorgsløn i tidsrom før 01.01.99 under omsyn til dei føringane ombudsmannen har gjeve».

Kommunen traff nytt vedtak, med samme resultat som tidligere. Vedtaket ble påklaget til fylkesmannen.

Meldingen for 2003

Nr. 34 (s. 132–136)

Kravene til opplysning av sak om reduksjon av omsorgslønn
(Sak 2003–0133)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse ba fylkesmannen kommunen foreta en ny behandling av klagesaken. Det ble ansett som rimelig at det i den forbindelse ble gitt ytterligere oppsettende virkning med hensyn til reduksjonen av omsorgslønn.

Kommunen opprettholdt etter ny vurdering tidligere vedtak om 55 % omsorgslønn. Fylkesmannen fant imidlertid etter en ny helhetsvurdering av sakens opplysninger at 55 % omsorgslønn ikke var tilstrekkelig og forsvarlig ut fra omsorgstrengendes hjelpebehov. Fylkesmannen omgjorde således kommunens vedtak og innvilget 100 % omsorgslønn.

Under henvisning til ombudsmannens anmodning om at fylkesmannen av eget tiltak gjennomgår klager over redusert omsorgslønn i kommunen fra samme periode, ba fylkesmannen om at kommunen gjennomgikk disse sakene på nytt og oversendte saksfremlegg samt alle relevante dokumenter til fylkesmannen innen 1. januar 2005.

Meldingen for 2003

Nr. 36 (s. 138–140)

Utformingen av vedtak om refusjon for tidligere utbetalt sosialstønad
(Sak 2002–1316)

Sosial- og helsedirektoratet opplyste at direktoratet på bakgrunn av ombudsmannens merknader og direktoratets egne erfaringer gjennom henvendelser fra enkeltpersoner, kommuner og fylkesmenn, hadde kommet til at rundskrivet burde klargjøres nærmere på noen punkter. Direktoratet hadde på denne bakgrunn foretatt noen presiseringer i eget rundskriv. Nytt rundskriv IS-3/2004 var sendt landets kommuner og fylkesmenn. I rundskrivet gis blant annet en nærmere presisering av uttrykket «samme tidsrom». Det gis også en omtale av noen av de saksbehandlings spørsmål som oppstår. Det presiseres videre at det må fremgå av vedtaket at vurderingen av klientens økonomiske situasjon er foretatt.

Meldingen for 2003

Nr. 37 (s. 140–145)

Dokumentasjonskrav i sak om refusjon for utbetalt sosialstønad i etterbetalt uførepensjon.
(Sak 2002–1894 og 2004–1551)

Fylkesmannen fant at ombudsmannens uttalelse reiste prinsipielle spørsmål av betydning for tilsvarende sakers behandling og rettet på denne bakgrunn en henvendelse til Sosial- og helsedirektoratet. Det ble vist til at direktoratet etter dette ga rundskriv IS-3/2004.

På bakgrunn av de feil og mangler som ble påpekt i kommunens og fylkesmannens behandling av saken omgjorde fylkesmannen sitt vedtak i den konkrete saken og opphevet kommunens vedtak om refusjon i klagerens etterbetalte trygdeytelser.

Meldingen for 2003

Nr. 38 (s. 145–146)

Betydningen av folkeregistrert adresse for å få bostøtte

(Sak 2003–1560 og 2004–1076)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse vurderte Husbanken saken på nytt. Husbanken opprettholdt vedtaket og la vekt på at skolens internat måtte anses å være en «midlertidig bolig». Husbanken la videre vekt på at datteren mottok borteboerstipend, noe som etter bankens mening viste at hun ikke kunne anses å ha brutt tilknytningen til hjemmet.

Meldingen for 2003

Nr. 39 (s. 146–149)

Om beregnet personinntekt skal inngå i beregningsgrunnlaget for personinntekt

(Sak 2001–886 og 2004–1770)

I svarbrevet 19. desember 2003 bemerket Barne- og familiedepartementet innledningsvis at det kunne synes som om ombudsmannen la en for snever tolkning til grunn «når vilkåret i [barneloven] § 51, om å yte «etter evne» knyttes opp mot «faktiske eller disponible inntekter»».

Til begrunnelse for sitt synspunkt anførte departementet:

«Før forskriften ble gitt (i 1989), ble bidrag fastsatt direkte etter loven. Fastsettelsen skjedde skjønnsmessig. Bidragspliktiges inntekt var det vesentligste kriterium, men dersom faktiske eller disponible inntekter lå vesentlig under antatt inntektsevne var det *evnen* som ble avgjørende for bidragsutmålingen. (Det vises bl.a. til Inge Lorange Backers kommentarutgave av 1982 til barneloven, hvor han på s 332 sier: «Hvis den faktiske inntekt ligger vesentlig under inntektsevnen vil ofte inntektsevnen bli avgjørende for bidragsutmålingen») Begrepet «evne» i barneloven § 51, er således tillagt en videre betydning enn det som ligger i faktiske og disponible inntekter.

Det videre spørsmålet blir om man, ved å legge beregnet personinntekt til grunn for bidragsutmålingen, kan få resultater som vanskelig lar seg forene med lovens evneprinsipp. Videre blir det spørsmål om dette eventuelt er av et slikt omfang, kvalitativt og antallsmessig, at forskriften om å utmåle bidraget på grunnlag av beregnet personinntekt må anses som ugyldig.

Den videre vurderingen av dette spørsmålet må foretas på grunnlag av de kryssende hensyn som alltid vil gjøre seg gjeldende i en bidrags sak. Forholdet til sakens parter står naturlig nok helt sentralt. Både hensynet til bidragspliktige, bidragsberettigede barn og bidragsmottaker skal

ivaretas. Bidragsmottakere og berettigede barn har krav på at bidragspliktige forsørger sine barn etter evne. Bidragspliktige skal på sin side ikke pålegges å betale bidrag utover det som kan antas å være vedkommendes reelle evne. I tillegg er det imidlertid avgjørende at det utformes et regelverk som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til rasjonell saksbehandling og forutsigbarhet. Det er dette siste punktet, hensynet til rasjonell saksbehandling, som tilsynelatende ikke har vært tilstrekkelig vektlagt i den tidligere korrespondansen mellom ombudsmannen og departementet.

Som grunnlag for den videre vurderingen, må det ses hen til det svært store antall bidrags saker som er gjenstand for offentlig fastsettelse. I datasystemet for bidragsfastsettelse er det registrert over 24 000 personer som har registrerte inntekter under selvangivelsens post 1.6. I forbindelse med innføring av nytt bidragsregelverk fra 1. oktober 2003, var det i saksmassen av endringssøknader involvert 17 602 personer som hadde inntekter under post 1.6.

Motivene til (hele) bidragsforskriften viser klart at det overordnede målet med å regulere bidragsfastsettelsen gjennom en forskrift, var å rasjonalisere en svært krevende saksbehandlingsprosess. Motivene viser også at man for å oppnå dette i noen grad har vært nødt til å foreta kompromisser mellom ulike kryssende hensyn. Det vises bl a til drøftingene som er gjort i Ot.prp nr 44 (1987–88). Dette var som kjent før delingsmodellen ble innført, og den aktuelle forskriften er endret siden den gang, men vurderingene som ble gjort om å forskriftsfeste beregningsgrunnlaget for selvstendig næringsdrivende er av prinsipiell betydning for vurderingen av hvor langt forskriftshjemmelen rekker. De vurderinger som ble foretatt i Ot.prp nr 44, har prinsipielt og reelt klare paralleller til den aktuelle saken, og viser at rasjonaliseringshensyn har vært svært tungtveiende. Det vises særlig til punkt 9.1.2 i proposisjonen hvor beregningsgrunnlaget for selvstendig næringsdrivende drøftes. Justisdepartementet, som den gang hadde ansvaret for bidragsregelverket, uttaler her bl.a.:

«At bidraget som hovedregel skulle fastsettes skjønnsmessig for selvstendig næringsdrivende, ville medføre en ny unntaksregel i tillegg til de andre. (...) Departementet ser imidlertid faren for at denne nye unntaksregelen ville komplisere bidragsfastsettelsesakene. (...) Departementet går inn for at prøveordningens beregningsgrunnlag for selvstendig næringsdrivende opprettholdes uendret. En legger da vekt på at de selvstendig næringsdrivende er en lite homogen gruppe og at det dermed er vanskelig å utforme og praktisere unntaksregler som virker rettferdige for alle.»

Den aktuelle forskriften (§ 3 annet ledd) fikk etter dette denne utformingen:

«Dersom den tilskotspliktige er sjølvstendig næringsdrivende skal tilskotet reknast utifra netto næringsinntekt, med eit fast frådrag på 10 prosent».

Ellers siteres videre fra dette brevet:

«Reglene for fastsettelse av bidrag for selvstendig næringsdrivende ble endret fra

01.01.2000. Det var ved denne endringen (beregnet) *personinntekt* ble gjort til beregningsgrunnlag. Ettersom det er reglene for beregning av skatt som legges til grunn ved bidragsfastsettelse, ble dette kalt skatteberegningsmodellen. Denne modellen ble ansett som den beste når det gjaldt å likestille næringsdrivende og lønnsinntakere, og å likestille bidragspliktige som driver ulike selskapsformer. Den ble også ansett for å være mest i samsvar med bidragspliktiges reelle forsørgelsesevne.

Det presiseres igjen at selv om forskriften er endret, er dette ikke av betydning for den prinsipielle drøftelsen som foretas her. Hensikten her, er å påvise hvor langt lovgiver aksepterte standardisering ut fra forenklingshensyn ved innføring av bidragsforskriften. Forenklingshensynet var selve hovedargumentet for å forskriftsregulere bidragsfastsettelsen. Det må da, i noen grad, aksepteres resultater som ligger i ytterkant i forhold til det som ideelt sett kunne vært ønskelig. Spørsmålet blir om man ved å legge beregnet personinntekt til grunn, har foretatt en slik grad av standardisering, at dette går lenger enn det som tidligere har vært akseptert. Videre blir det spørsmål om dette vil komme i konflikt med evneprinsippet i barneloven § 51 første ledd, i en slik grad at forskriften på dette punktet ikke har tilstrekkelig hjemmel i loven.

Vurderingen blir etter dette, om beregnet personinntekt ikke gir et riktig uttrykk for bidragspliktiges «evne», slik evneprinsippet i barneloven § 51 første ledd er å forstå.»

I den forbindelse viste departementet blant annet til forarbeidene til skattereformen 1992, Ot.prp. nr. 35 (1990–91) avsnitt 4.2.4 om beregning av personinntekt for aktive aksjonærer på grunnlag av opptjent inntekt i aksjeselskapet. Her heter det bl.a. (s. 95, spalte 2):

«Inntekt opptjent i aksjeselskap vil som utgangspunkt være skattepliktig på selskapets hånd, og regnes som kapitalinntekt for aksjonærene, dersom inntekten deles ut i form av utbytte. Er aksjonæren ansatt i selskapet, og mottar lønn fra dette, vil lønnsinntekten inngå i beregningen av personinntekten på vanlig måte. Dersom aksjonæren deltar aktivt i driften av selskapet vil imidlertid inntekt opptjent i selskapet kunne ha karakter av inntekt av personlig utført arbeid, selv om den ikke utbetales aksjonæren som lønn. Departementet fremmer derfor forslag om at også inntekt opptjent i aksjeselskap skal tas med ved beregning av personinntekten for de aktive aksjonærene dersom visse krav til eierforhold og aktivitet er oppfylt.»

Departementet mente at i relasjon til spørsmålet om hva som er riktig inntektsgrunnlag for bidragsfastsettelse måtte de samme premisene som hadde vært bærende ved innføringen av delingsmodellen legges til grunn. Det ville bli en svært vanskelig oppgave for trygdekontorene å skulle begrunne fastsettelse av et beregningsgrunnlag som avviker fra den personinntekten som fastsettes etter delingsreglene. Selv om delingsreglene i enkelte tilfeller kan virke uheldig var det etter departementets mening ingen

åpenbar alternativ løsning på hvordan inntekten skal fastsettes i relasjon til utmåling av barnebidrag.

I denne sammenheng fant departementet grunn til å understreke at en bidrags sak er et forhold mellom to private parter, som er gjensidig forpliktet til å forsørge felles barn etter evne. Kommer partene ikke til enighet, må det offentlige fordele forsørgelsesplikten ved å fastsette bidrag. Fra departementets nærmere redegjørelse for bidragsmyndighetenes utfordringer ved bidragsfastsettelsen når den bidragspliktige er aktiv eier i delingspliktig aksjeselskap siteres:

«Det vil bli vanskelig å gi en legislativ begrunnelse overfor bidragsberettigede, dersom en inntekt som danner grunnlag for både pensjoner og sykepenge, og som det skal svares trygdeavgift og toppskatt av, ikke fullt ut også skal legges til grunn for fastsettelse av barnebidrag. I Høyesterettsdom (HR-2001-00497) uttaler førstvoterende bl a: *«Siktemålet med delingsreglene var at vederlag for arbeidsinnsats skal beskattes likt for lønnsstakere, personlig næringsdrivende og aktive eiere i aksjeselskaper. Valg av organisasjonsform i næringslivet skulle ikke være avgjørende for beskatning av arbeidsinnsats»*. Etter som siktemålet er å beskatte inntekt som er skapt ved arbeidsinnsats, må det være naturlig å anta at dette representerer en type verdiskapning som bør inngå i beregningsgrunnlaget. Beregningsgrunnlaget skal i størst mulig grad gjenspeile den reelle forsørgelsesevne. En vurdering av de skattemessige virkningene og om delingsmodellen har virket etter sin hensikt, hører ikke hjemme i denne sammenheng. Bidragsfastsettelsen må ta utgangspunkt i de *premissene* som er lagt til grunn for delingsreglene. Det vil også bli svært vanskelig å gi retningslinjer til trygdekontorene om en mer individuell og skjønnsmessig vurdering om når beregningsgrunnlaget for fastsettelse av barnebidrag skal avvike fra beregnet personinntekt.

Med mindre ombudsmannen er av den klare oppfatningen at den aktuelle bidragsforskriften, slik den praktiseres, er uforenlig med evneprinsippet i barneloven § 1, finner vi det ikke tilrådelig å skulle pålegge trygdekontorene å fastsette inntekten skjønnsmessig når bidragspliktige får beregnet personinntekt.

Selv om ombudsmannen skulle være av den oppfatningen, at det ideelt sett er andre løsninger som ville vært å foretrekke i enkeltsaker, ber vi om at hensynet til et praktikabelt regelverk vektlegges. Det er ikke uten videre gitt, at det totalt sett vil gi et bedre resultat om det foretas en individuell og skjønnsmessig vurdering. Områdets kompleksitet underbygger en slik antagelse.

Avslutningsvis vil vi klargjøre et forhold som ikke har vært omhandlet i den tidligere korrespondansen, og som muligens kan ha vært av betydning for ombudsmannens vurdering. Det presiseres derfor at «historiske» inntekter ikke reserverasjonsløst skal legges til grunn. I Rikstrygdeverkets rundskriv (Hovednr. 55 nr. 2), er det gitt følgende retningslinjer om dette:

«Det er viktig å understreke at selvangivelse og ligningsutskrifter gir uttrykk for historiske inntekter. Bidraget skal fastsettes på grunnlag av

aktuell og framtidig inntekt. Eldre inntekter er utelukkende interessante dersom de må antas å gi et riktig bilde av den aktuelle og framtidige inntekten. Dette vil svært ofte være tilfellet, men må vurderes konkret i hver enkelt sak. Særlig ved engangsinntekter er det viktig å være oppmerksom på at tall fra ligningen og selvangivelsen ikke reserverasjonsløst kan legges til grunn.»»

A kom tilbake til saken og fastholdt sitt standpunkt.

I mitt svar til departementet uttalte jeg blant annet:

«I svarbrevet 19. desember 2003 redegjorde departementet utførlig for at begrepet «evne» i barneloven § 51 generelt er tillagt en videre betydning enn det som ligger i faktiske og disponible inntekter. Jeg har ingen innsigelser mot det syn departementet gjør gjeldende her. Formålet med delingsreglene og dermed skattemyndighetens fastsettelse av beregnet personinntekt etter reglene i skatteloven 26. mars 1999 nr. 14 kapittel 12 er at den enkelte arbeidsinnsats skal behandles likt skattemessig, uavhengig av vedkommendes faktiske og/eller selskaps- eller arbeidsrettslige relasjon til virksomheten eller foretaket der arbeidsinnsatsen utføres. På denne bakgrunn har jeg heller ingen merknader til departementets oppfatning om at den sentrale vurderingen for det hjemmelsspørsmålet, som jeg ba departementet se nærmere på, blir om beregnet personinntekt gir et riktig uttrykk for bidragspliktiges «evne», slik evneprinsippet i barneloven § 51 første ledd er å forstå. Jeg deler også departementets oppfatning om at beregningsgrunnlaget i størst mulig grad skal gjenspeile den bidragspliktiges reelle forsørgelsesevne.

Med dette som utgangspunkt har jeg etter en fornyet vurdering kommet til at barneloven § 51 jf. § 54 hjemler adgang til at beregnet personinntekt for aktiv aksjonær som den altoverveiende hovedregel kan inngå i det alminnelige beregningsgrunnlaget for fastsetting av bidragets størrelse. Jeg finner likevel grunn til å påpeke at evneprinsippet forutsetter at den bidragspliktige ikke er totalt avskåret fra – faktisk eller rettslig – å kunne utnytte avkastningen av egen forsørgelsesevne innen egen økonomi, herunder til oppfyllelse av bidragsplikt. Dette gjør at det vil forekomme situasjoner der den beregnete personinntekten ikke gir et riktig uttrykk for den bidragspliktiges forsørgelsesevne. Praktiske eksempler kan være enkelttilfeller der den bidragspliktige har en helt ubetydelig aksjepost i et delingspliktig selskap, eller antagelig i mange tilfeller der selskapet er gått konkurs etter at beregnet personinntekt ble fastsatt. Det må påhvile bidragspliktige å godtgjøre at det er tale om en slik situasjon, men jeg forutsetter at bidragsmyndighetene søker å legge til rette for at regelverket eller praktiseringen av dette tar hensyn til slike forhold.»

Meldingen for 2003

Nr. 41 (s. 152–155)

Helsetilsynets undersøkelse av klage på feil legebehandling

(Sak 2002–2028 og 2004–1413)

Helsetilsynet behandlet saken på nytt. I brev hit skrev tilsynet bl.a.:

«Innledningsvis finner Helsetilsynet grunn til å opplyse om at alle tilsynssaker behandles i fellesskap av saksbehandler med juridisk og saksbehandler med helsefaglig kompetanse. Avgjørende for valg av helsefaglig saksbehandler er om vedkommende besitter slik helsefaglig fagkunnskap som er nødvendig for å vurdere de spørsmål saken reiser. Dersom Helsetilsynet ikke besitter nødvendig fagkompetanse vil det etter en konkret vurdering være aktuelt å få saken vurdert av en sakkyndig. Uansett om saken vurderes av interne helsefaglige saksbehandlere eller eksterne sakkyndige, er det et viktig prinsipp for Helsetilsynet at en sak skal vurderes av personell med tilsvarende kompetansenivå som det helsepersonell saken gjelder.

Sakkyndig vurdering av om helsepersonell har opptrådt forsvarlig

I den foreliggende sak rettes kritikken mot allmennlegenes undersøkelse og behandling av As mor. Helsetilsynet vil ved vurderingen av om en allmennlege har opptrådt uforsvarlig i en behandlingssituasjon alltid få saken vurdert av en helsefaglig saksbehandler, eventuelt sakkyndig, med fagkompetanse tilsvarende spesialistkompetanse i allmennmedisin. Dette fordi en allmennlege er nærmest til å ta stilling til om den påklagede allmennlege foretok forsvarlige vurderinger på bakgrunn av de opplysninger som forelå i den aktuelle behandlingssituasjonen og ut fra den kompetanse det forventes at en allmennlege innehar.

Helsetilsynet vil bemerke at det er viktig at helsepersonell som påklages har tillit til at Helsetilsynet foretar en vurdering av deres overveielser og tiltak basert på hvilke krav som skal stilles til leger i den type virksomhet saken gjelder.

Helsetilsynet har saksbehandlere med god kompetanse innenfor allmennmedisin og samfunnsmedisin. Vi har derfor ikke funnet det nødvendig å innhente eksterne sakkyndige allmennmedisinere.

Spørsmål om sakkyndig vurdering av årsakssammenheng

Spørsmålet om årsakssammenheng mellom den gitte behandling og det endelige resultat er vanligvis ikke en sentral del av Helsetilsynets vurdering i tilsynssaker. Som anført i vårt brev til Sivilombudsmannen datert 4. februar 2003 vil helsepersonellens aktivitet bli vurdert ut fra den informasjon som var tilgjengelig da behandlingen ble utført, og den tilsynsmessige vurderingen av dette bør ikke påvirkes av kunnskap om det endelige resultat.

Helsetilsynet kan ikke se at spørsmålet om årsakssammenheng er gjort til noe stort poeng i

saksbehandlingen hos Helsetilsynet i Troms. Vi finner likevel at det har vært egnet til å skape usikkerhet hos klager da Helsetilsynet i Troms trakk slutninger med henblikk på eventuell årsakssammenheng. En slik eventuell sammenheng vil det være nødvendig å få vurdert dersom saker reises i erstatningsøyemed. Vi vil presisere at tilsynsmyndighetens avgjørelser ikke er ment benyttet i erstatningsmessig øyemed. Helsetilsynet vil derfor fastholde at det etter vår vurdering i denne saken vil være en avsporing av den tilsynsmessige vurdering å innhente sakkyndig uttalelse om årsakssammenheng. Innhenting av slik vurdering vil etter vår oppfatning kunne være egnet til å trekke fokus bort fra det sentrale i tilsynssaken.»

Helsetilsynet drøftet deretter behandlingen med Thyroxin, og viste til Felleskatalogen 1999 vedrørende kontraindikasjoner, forsiktighetsregler og bivirkninger. Tilsynet besvarte også spørsmål fra A av medisinsk-faglig karakter. Til sist ble det kort redegjort for legeloven §§ 52 og 53.

Etter at A hadde uttalt seg, avsluttet jeg saken med bl.a. følgende kommentar til Helsetilsynet:

«Ombudsmannen har merket seg den redegjørelsen helsetilsynet har gitt for saken, og har tatt til etterretning tilsynets generelle syn på nødvendigheten av å klarlegge årsakssammenhengen mellom behandling og resultat i tilsynssaker. Som det fremgår av ombudsmannens uttalelse 29. oktober 2003, var imidlertid årsaken til at ombudsmannen mente det ville vært riktig å innhente uttalelse fra en spesialist i stoffskiftesykdommer, at tilsynsmyndighetene selv gjennom fylkeslegen hadde tatt opp spørsmålet og drøftet årsakssammenhengen. I tillegg kom betydningen av spørsmålet for klageren og hensynet til tilfellen til tilsynsmyndighetenes behandling.

Helsetilsynet har uttalt at det er [et] viktig prinsipp at «en sak skal vurderes av personell med tilsvarende kompetansenivå som det helsepersonell saken gjelder». Kravet til forsvarlig yrkesutøvelse utgår fra et grunnkrav om aktsomhet og forsvarlighet, og må fastsettes nærmere i hvert enkelt tilfelle. Vurderingen av om en allmennleges behandling fremstår som forsvarlig, må – som påpekt av helsetilsynet – vurderes på bakgrunn av de opplysninger som forelå på behandlingstidspunktet, og ut fra den kompetanse det generelt må forventes at en allmennlege har. Likevel kan det vel neppe, slik ombudsmannen ser det, være noe i veien for at tilsynsmyndigheten i enkelte saker søker råd hos fagpersonell med spesialistkompetanse for å orientere seg innenfor vedkommende fagområde. Dette rokker ikke ved prinsippet om at den som behandler og vurderer saken innen tilsynsmyndigheten, skal ha fagkompetanse på tilsvarende nivå som den personen tilsynet er rettet mot.»

Meldingen for 2003

Nr. 43 (s. 159–160)

Overføring av festerett til gravsted

(Sak 2002–1419)

Ved brev 15. januar 2004 til ombudsmannen over- sendte Kultur- og kirke departementet, til oriente- ring, sitt rundskriv samme dag til de kirkelige felles- råd og bispedømmerådene, hvor det ble minnet om saksbehandlingsreglene ved overføring av festerett til gravsted, jf. gravferdsloven 7. juni 1996 nr. 32 § 16.

Meldingen for 2003

Nr. 59 (s. 190–191)

Avslag på søknad om asyl «15-månedersregelen»

(Sak 2002–1898 og 2004–1691)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse vurderte Utlendingsnemnda saken på nytt, men fant ikke grunnlag for å omgjøre sitt tidligere vedtak. Nemnda bemerket at innkallingen til nemndmøte hadde skjedd pr. telefaks og således måtte anses mottatt samme dag som den ble sendt. For øvrig viste nemnda til at det i henhold til den tidligere 15-måneders- regelen var selve vedtaksdatoen som ble lagt til grunn som fristavbrytende, ikke datoen for mottaket av vedtaket hos advokaten eller klienten.

Nemnda bemerket videre at det i saken måtte ses hen til likebehandling i forhold til øvrige klagere som også hadde fått sin sak behandlet i nemndmøte, og hvor innkallingen hadde vært fristavbrytende. Det var heller ikke i disse sakene gitt noe forhånds- varsel om nemndas endring av praksis. Videre un- derstreket nemnda at det i hver enkelt sak var blitt konkret vurdert om hensynene bak 15-månedersre- gelen likevel burde komme til anvendelse.

I brev 30. mars 2004 viste ombudsmannen til at det av nemndas fornyede behandling fremgikk at innkallingen til nemndmøte også i denne saken ble sendt advokaten pr. telefaks. Det kunne da ikke rei- ses innvendinger mot at det ble lagt til grunn at ad- vokaten fikk meddelelsen samme dag, dvs. før utlø- pet av 15-månedersfristen.

Ombudsmannen fastholdt imidlertid at myndig- hetene har en generell plikt til å informere om end- ringer i forvaltningspraksis og understreket at når dette ikke var gjort tidligere, burde informasjonen i det minste ha vært gitt i forbindelse med innkalling- en til nemndmøte. Unnlåtelsen av å varsle om en- dringen kunne ikke legitimeres av at dette heller ik- ke var gjort i andre tilsvarende saker.

Meldingen for 2003

Nr. 62 (s. 195–197)

Fylkesvalgstyrets plikt til å bringe et mangelfullt listeforslag i lovlig stand

(Sak 2002–0826 og 2004–2334)

Fylkesvalgstyret tok etter ombudsmannens uttalelse saken opp til ny behandling, og vedtok i møte 5. ok-

tober 2005 enstemmig å yte Tverrpolitisk Folkevalg- te en kompensasjon på kr 47 900, samt dekning av advokatutgifter med kr 3 720.

Meldingen for 2003

Nr. 66 (s. 206–208)

Ligningskontorets plikt til i endringssak å sende varsel til skattyteren med opplysning om frist for å uttale seg

(Sak 2002–1801)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse meddelte Skien ligningskontor at saken vil bli forelagt for lig- ningsnemnda for ny behandling der.

Telemark fylkesskattekontor kom tilbake til om- budsmannens øvrige merknader i saken i et brev hvor det blant annet het:

«Fylkesskattekontoret mener ligningslovens krav til varsel til skattyter er ivaretatt når han opplyses om at han ikke kan påregne ytterligere varsel i henhold til ligningsloven § 9–7 fra lig- ningskontoret før ligningsnemnda gjør vedtak i saken.

Vi mener også at det ikke er i strid med lig- ningsloven § 9–7 at fylkesskattekontoret gir skattyter varsel om endring av ligning(er) i sam- me brev. Forutsetningen er at skattyter gis frist til uttalelse om de foreslåtte endringer i samsvar med ligningsloven § 9–7, og at han blir forklart at han ikke kan påregne ytterligere varsel fra lik- ningskontoret før ligningsnemnda gjør vedtak i saken.»

Ombudsmannen hadde i utgangspunktet ingen innsigelser til fylkesskattekontorets synspunkter.

I Ombudsmannens svar til fylkesskattekontoret ble det blant annet bemerket:

«Fylkesskattekontoret som overordnet lignings- myndighet må kunne oppfylle varslingsplikten etter ligningsloven § 9–7, selv om endring av ligningen bare er ett av flere forhold som er tatt med i fylkes- skattekontorets varsel til den avgifts- og skattepliktige. Varslingsbrevet må imidlertid på en klar og ut- vetydig måte gjøre skattyter uttrykkelig oppmerk- som på at varselet og uttalelsesfristen også gjelder ligningssaken(e), og at han ikke kan påregne ytterli- gere varsel fra ligningskontoret før ligningsnemndas vedtak.

Det ligningskontor skattyters ligning hører hjem- me under må påse eller kontrollere at skattyteren har fått uttalelsesfrist i ligningssaken(e). Videre må skattyter være gjort uttrykkelig oppmerksom på at han derfor verken har krav på, eller vil få ytterligere varsel fra ligningskontoret før nemnda blir forelagt saken(e) og fatter vedtak. Saksbehandlingsrutinene bør være tilrettelagt for å sikre en slik kontroll.»

Meldingen for 2003

Nr. 81 (s. 258)

Ugyldig vilkår for fritak fra boplikt for sameiere til landbrukseiendom

(Sak 2002–0914)

Kommunestyret behandlet deretter saken på nytt, og vedtok at A og hans kone måtte tilflytte eiendommen «siden de hadde størst andeler og det lå mest til rette for en tilflytting». Vedtaket ble påklaget. Klagen ble tatt til følge, slik at det ble gitt utsettelse med boplikten «så lenge gjeldende forpaktningssavtale blir opprettholdt og forpakteren bor på eiendommen». Det ble lagt vekt på endringene og liberaliseringen av bo- og drivepliktsreglene i forhold til personlig boplikt i konsesjonsloven. Kommunen valgte å la det tale «til søkjars fordel» at saken kom på et vanskelig tidspunkt, da det var uklart om tilsvarende endringer vil komme i forhold til praktisering av odelsloven.

Meldingen for 2003

Nr. 82 (s. 260–262)

Oppføring av gamle – byggesak eller reindriftsak – eller begge deler?

(Sak 2002–2084 og 2004–1718)

Tana kommune sluttbehandlet deretter saken etter plan- og bygningsloven (pbl.) Søknaden ble avslått med hjemmel i pbl. § 93 første ledd bokstav a jf. § 20–6. Bygningsmyndighetene fant ikke at det forelå særlige grunner for å gi dispensasjon etter pbl. § 7 fra arealbruksformålet landbruk, natur og friluft. A påklaget saken til Fylkesmannen i Finnmark, som i vedtak 12. januar 2005 stadfestet Tana kommunes vedtak.

Meldingen for 2003

Nr. 85 (s. 267–270)

Spørsmål om fylkesmann var inhabil til å treffe vedtak i klagesak om reguleringsplan der han hadde sett fram motsegn som seinare vart trekt attende

(Sak 2002–1765 og 2004–1530)

Fylkesmannen gav i seinare brev uttrykk for at han fann det mest korrekt at «Miljøverndepartementet som overordna mynde i saker som gjeld klage over vedtak om eigengodkjenning av reguleringsplan gjer denne vurderinga».

Miljøverndepartementet gjorde deretter ei vurdering av spørsmålet om fylkesmannen var inhabil til å treffe vedtak i klagesaka, der det mellom anna heiter:

«Departementet meiner det er ein skilnad mellom fylkesmannen si rolle som klagar på kommunen sitt eigengodkjenningsvedtak og der han reiser motsegn, når det gjeld spørsmålet om inhabilitet. I første høve har Fylkesmannen ende-

leg avgjerdsmynde, medan han i motsegnsak må sende saka til Miljøverndepartementet for endelig avgjerd. Ordninga med settefylkesmann i klagesaker der fylkesmannen klager er såleis forståleg.

På grunnlag av ovannemnde kan ikkje departementet sjå at fylkesmannen, i dei høve der han blir samd med kommunen og dermed trekkjer motsegna slik at kommunen kan eigengodkjenne arealplanen, utan vidare dermed er avskåre frå å handsame moglege seinare klager frå til dømes privatpersonar. Vi viser her til at fylkesmannen i alle kommunale plansaker skal gi uttale, nødvendige råd og rettleiing til kommunen, og at skilnaden mellom faglege merknader og motsegn i mange høve kan vere svært liten. Det kan då vere vanskeleg å skilje mellom fylkesmannen sitt engasjement i einskildsaker der han berre uttaler seg i saka og der han reiser motsegn. Å la fylkesmannen på dette grunnlag automatisk bli ugild til å handsame seinare klager i same sak ville vere sers lite tenleg. Ei slik ordning ville føre til at svært mange saker måtte først over til settefylkesmann, og nærast føre til at ordninga blei permanent.

Departementet er likevel samd med ombudsmannen i at dei ulike sakene må vurderast konkret og at det kan ligge føre saker der fylkesmannen har spela ei slik aktiv og særleg rolle at det ville vere god grunn til å kjenne han inhabil i vidare handsaming av saka, jfr. departementet si uttale i brev av 7. mars 2003 side 2.

I denne konkrete saka, der ombudsmannen gjev uttrykk for tvil med omsyn til sin konklusjon, meiner departementet at situasjonen kan jamstellast med «typetilfelle nummer to» i ombudsmannen si uttale. Etter det som går fram av saka var det fagavdelinga hjå fylkesmannen, miljøvernavdelinga, som stod for den støyfaglege vurderinga i motsegnsaka medan kommunalavdelinga handsama klagesaka. Det framgår også av saka at det var først i sjølve meklingsmøtet at det vart lagt fram nye støyvurderingar. Desse vart då fagleg vurdert og forutsatt gjennomføring av dei framlagte tiltak vart det signalisert at motsegna ville bli trekt. Departementet legg til grunn at den faglige vurderinga av støyspørsmålet vart gjort av fagavdelinga og ikkje av fylkesmannen sjølv, og at tilråding om trekking av motsegna kom frå fagavdelinga. Departementet kan såleis ikkje sjå at den situasjon fylkesmannen var i skulle tilseie at han automatisk måtte vere inhabil til å handsame den aktuelle klagesaka, sjølv om denne også gjaldt støyspørsmål.

Ombudsmannen peikar på at støyspørsmålet stod sentralt i denne saka, sjølv om dette har hatt mest å seie for blokkhusværa. Etter departementet sin mening har fylkesmannen nettopp fulgt opp dette ved å fremje motsegn til det opprinnelege planframlegget. Gjennom denne motsegna har fylkesmannen synt at han har teke på alvor dei nasjonale retningsliner for støy som departementet har sendt ut i rundskriv T- 8/79. Fylkesmannen si motsegn var sjølv sagt mest viktig for dei framtidige bebuarane i blokkene, men også truleg noko for klagarane som budde lenger bak. I høve til støy for klagarane gav blokkene i seg sjølve eit visst støyvern. At kommunen etter kvart tok omsyn til fylkesmannen si motsegn og fekk med støydempende tiltak i plana må også sjåast på som ei viss etterkoming av klaga.

I denne vurderinga legg vi også ein viss vekt

på at spørsmålet om inhabilitet [ikkje] (min tilføyning) vart teken opp i samband med synfaringa den 22. april 2002 i klagesaka. Korkje då eller i brev av 29. april 2002 frå klagaren sin advokat vart det gjort innvendingar mot at fylkesmannen handsama klagen. Departementet har ikkje grunn til å tru at klaga i denne saka ville fått noko anna løysing om den hadde vore handsama av settefylkesmann.

Departementet finn på grunnlag av ovanståande at det ikkje ligg føre slike «særegne forhold» etter § 6, 2. ledd i forvaltningslova som gjer at fylkesmannen i dette høve ikkje var habil til å treffe vedtak i denne klagesaka, og at det ikkje hefter slike feil ved vedtaket at det må sjåast som ugyldig. Departementet finn derfor ikkje grunn til å realitetshandsame saka».

Etter ei konkret vurdering av departementet si avgjerd, bestemte eg at eg kunne la saka liggje med dei undersøkingar som hadde vore gjort. Departementet hadde gjort ein grundig gjennomgang av spørsmålet om habilitet, som eg i det vesentlege ikkje hadde innvendingar mot.

Meldingen for 2003

Nr. 88 (s. 280–285)

Lovligheten av regulering av en del av en boligeiendom til spesialområde/friluftsområde

(Sak 2002–0085 og 2004–3376)

Fylkesmannen behandlet saken på nytt og gjennomførte befarung med klagerne til stede. Saken ble også forelagt Bergen kommune, som anbefalte at arealbruk som bolig ble opprettholdt for hele 26/35, og at dette kunne gjøres som en mindre vesentlig endring dersom ingen protesterte. Kommunen ved planavdelingen mente videre at også spørsmålet om veifremføring og videre bebyggelse av tomte kunne gjennomføres ved mindre vesentlig endring av planen. Dette måtte imidlertid sees i sammenheng med utbygging av felt B9c. Fylkesmannen var i brev til kommunen 20. februar 2004 enig i disse synspunktene, og uttalte at «det reguleringsmessig ligger til rette for at hele eiendommen opprettholdes til boligformål». Fylkesmannen la til grunn at kommunen hadde tatt klagen til følge i dette spørsmålet, og overlot til kommunen å avgjøre om endringen skulle gjøres som en vesentlig eller mindre vesentlig endring av reguleringsplanen. I forhold til veispørsmålet forutsatte fylkesmannen «at dette vurderes i forbindelse med pågående planarbeid i tilstøtende byggeområde felt B9c».

I vedtak fra kommunen 4. mai 2004 ble plan for utbygging av felt B9c godkjent. Enkelte endringer i forhold til reguleringsplanen ble godkjent som mindre vesentlige reguleringsendringer. I premisse- ne for vedtaket stod det bl.a.:

«Kjøreveien til gnr 26 bnr 35 er vist (stiplet) på plankartet med bakgrunn i fylkesmannen og planavdelingen sin anbefaling om å omregulere

gnr 26 bnr 35 i sin helhet til boligformål. (Se brev fra fylkesmannen datert 20. februar 2004).»

Meldingen for 2003

Nr. 91 (s. 289–291)

Usaklig forskjellsbehandling ved avslag på søknad om dispensasjon for fradeling av boligtomt

(Sak 2003–431 og 2004–1302)

Fylkesmannen kom i senere brev til ombudsmannen tilbake til saken. Han opplyste at han i forbindelse med den nye behandlingen «finner det ønskelig med en nærmere avklaring av de rettsoppfatninger Sivilombudsmannen har lagt til grunn i sin uttalelse». Ombudsmannen presiserte på denne bakgrunn i svarbrev til fylkesmannen at hovedpoenget i saken var at det etter undersøkelsen herfra fremsto som uklart om de faktiske forholdene i de to sakene var så like at de i rettslig forstand var faktisk sammenliknbare. Videre skrev han:

«Dersom fylkesmannen skulle komme til at vedtaket i referansesaken var ugyldig, feil eller uheldig, måtte dette begrunnes. For at en slik tidligere praksis skal frakjennes relevans, er det nødvendig å underbygge antakelsen om feil eller ugyldighet. Det kan også være naturlig å vise til hva som har vært gjort fra forvaltningens side for å redusere eventuelle uheldige presedensvirkninger. Det kan dreie seg om administrative forholdsregler innad i forvaltningen eller veiledning til allmennheten utad om hva som har vært gjort.»

Fylkesmannen ba etter dette Lillesand kommune om å innhente uttalelser fra sektormyndighetene i referansesaken, jf. plan- og bygningsloven (pbl.) § 7. Lillesand kommune anmodet deretter Fylkesmannen i Aust-Agder ved miljøvernavdelingen og Aust-Agder fylkeskommune ved regionalavdelingen om å gi slik uttalelse, som begge frarådte at det ble gitt dispensasjon.

Fylkesmannen konkluderte deretter i brev til Lillesand kommune med at «det ikke er grunnlag for å ta vedtaket av 26.08.02 opp til ny behandling». Fylkesmannen viste til uttalelsene fra sektormyndighetene og kom til at «det er tilstrekkelig påvist at tiltalsen i-saken er klart uheldig og at den ikke kan anses å representere en praksis som kan gi grunnlag for å gi dispensasjon i saken til A».

Ombudsmannen fant etter dette ikke grunnlag for å trekke i tvil fylkesmannens standpunkt om at A ikke hadde vært utsatt for en ulovlig forskjellsbehandling. Ved vurderingen la han vekt på at begge sektormyndighetene klart hadde frarådet at det så vel i-saken som i klagesaken gis dispensasjon fra fradelings-/byggeforbudet i LNF-området. Ombudsmannen uttalte at han ikke hadde grunnlag for å bestride fylkesmannens standpunkt om at det ikke fo-

relå en dispensasjonspraksis som var så utbredt, fast og konsekvent at den kunne anses rettslig bindende for forvaltningens behandling av søknaden fra A, og at-saken synes å være et enkeltstående tilfelle som ikke kan gi senere søkere et rettskrav på å bli behandlet på samme måte.

Meldingen for 2003

Nr. 94 (s. 297–301)

Adgangen til omgjøring av vedtak i sak om riving/ oppføring av fritidsbolig

(Sak 2002–2379 og 2004–1424)

Planutvalget behandlet deretter 10. desember 2003 klagen fra eieren av naboeiendommen (B) og fattet følgende vedtak:

«Klagen synes ikke å inneholde momenter som ikke rent faktisk allerede er vurdert av forvaltningsutvalget i forbindelse med det opprinnelige vedtak. Uten at det har hatt betydning for planutvalgets vurdering, konstateres at B 6 må-

neder etter klagetidspunktet fremmet en reguleringskisse for sin eiendom som underbygger at det ikke er noen konflikt mellom det omsøkte tiltak og Bs planer. Planutvalget har gjennomgått klagen nøye, men finner under henvisning til nedenstående begrunnelse, ikke å ville ta klagen til følge. Etter dette fastholdes forvaltningsutvalgets vedtak i saken.»

Saken ble oversendt til Fylkesmannen i Aust-Agder for endelig behandling.

Fylkesmannen erklærte seg inhabil. Arbeids- og administrasjonsdepartementet oppnevnte Fylkesmannen i Telemark som settefylkesmann. B trakk deretter klagen og planutvalget vedtok 1. september 2004 med 7 mot 2 stemmer følgende:

«Planutvalget legger til grunn at det er gitt dispensasjon fra plankrav i kommuneplanens arealdel. Med hjemmel i pbl § 93 gis det tillatelse til riving av eksisterende bygningsmasse og oppføring av ny bygningsmasse iht reviderte tegninger av 19.8.04.»

VI. Referat av saker av alminnelig interesse, jf. instruksens § 12

Offentlighet i forvaltningen og rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter

1.

Innsyn i sak om utlysning av blokker på norsk sokkel

(Sak 2004–1322)

Olje- og energidepartementet (OED) avslo begjæring fra WWF-Norge om innsyn i innspill fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet i forbindelse med forberedelse av beslutning om utlysning av blokker på norsk sokkel.

Ombudsmannen kritiserte departementets saksbehandling og kom med merknader til meroffentlighetsvurderingen, men fant etter en konkret vurdering ikke grunn til å kritisere beslutningen om å nekte innsyn med hjemmel i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav c.

Olje- og energiministeren avslo i brev 17. november 2003 WWF-Norges begjæring 29. oktober 2003 om innsyn i «kommentarer/innspill som OED har mottatt fra Fiskeridepartementet, Miljøverndepartementet og eventuelt andre underliggende etater og faginstusjoner relatert til nominering og utlysning av blokker i 18. konsesjonsrunde.» Det ble især bedt om innsyn i uttalelse fra Statens forurensningstilsyn (SFT).

I klage til ombudsmannen over OEDs avslag gjorde WWF-Norge bl.a. gjeldende at departementet burde ha utvist meroffentlighet. Det ble vist til at «konsesjonsrundene for tildeling av petroleumsarealer er av betydelig samfunnsmessig og miljømessig betydning.»

Ombudsmannen innhentet kopi av de aktuelle dokumentene fra OED. I oversendelsesbrevet uttalte departementet på generelt grunnlag:

«En konsesjonsrunde starter i praksis med at departementet inviterer alle oljeselskaper som er rettighetshavere på norsk kontinental sokkel til innen en gitt frist å komme med sine ønsker/anbefalinger om hvilke blokker som bør lyses ut i den kommende konsesjonsrunde. Dette omtales som en nominasjon. Slike nominasjoner er ikke bindende for selskapene, ei heller for myndighetene. Når selskapene har gjort sine nominasjoner, oversendes listen over de nominerte blokker til Oljedirektoratet for vurdering. Når det er enighet mellom Olje- og energidepartementet og Oljedirektoratet om hvilke blokker som det kan være ønskelig å utlyse, bes Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet gi sine merknader.»

Det ble videre bl.a. opplyst at «[d]e etterfølgende drøftelser mellom de tre berørte departementer ledet frem til et R-notat som var omforent mellom de tre departementer.»

På bakgrunn av at WWF-Norge spesielt ba om innsyn i uttalelse fra SFT, ble OED i brev herfra bedt om å bekrefte at det ikke var i besittelse av flere dokumenter som kunne omfattes av innsynsbegjæringen enn de som allerede var oversendt hit. Departementet ble samtidig anmodet om å opplyse hvilken bestemmelse i offentlighetsloven som var grunnlag for avslaget på innsynsbegjæringen, og om meroffentlighet var vurdert. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvorfor det tok om lag tre uker før WWF-Norges innsynsbegjæring ble besvart.

OED bekreftet at det ikke var i besittelse av andre dokumenter som kunne omfattes av innsynsbegjæringen enn brevene fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet. Departementet vedla utskrift av dets journal i saken. Det ble videre opplyst at statsrådets brev 17. november 2003 til WWF-Norge var «formulert som et svar på WWFs henvendelse til departementet 27. oktober 2003, som var en mer generell henvendelse til Statsråden med spørsmål om utlysningsprosessen.» Brevet var samtidig svar på innsynsbegjæringen 29. oktober 2003, men departementet så «i ettertid at en burde besvart innsynsbegjæringen særskilt.» OED opplyste videre at hjemmel for avslaget var offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c, og at meroffentlighet var vurdert. Det var ikke funnet grunn til å utvise meroffentlighet fordi brevene fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet innholdt «i sin helhet initiale, interne vurderinger fra de to departementer, som dannet grunnlag for de senere muntlige drøftelser mellom Olje- og energidepartementet og de to departementer.»

OED opplyste at innsynsbegjæringen var journalført 4. november 2003 og uttalte følgende om saksbehandlingstiden:

«Det viste seg da departementet begynte sin behandling av WWFs brev til Statsråden at WWF også hadde sendt likelydende brev til Statsministeren, Miljøvernministeren og Fiskeriministerens. Adressatene besluttet at Olje- og energiministeren skulle besvare brevet på vegne av samtlige adressater. I forhold til den konkrete arbeidssituasjonen på det daværende tidspunkt i departementet, for Statsråden og for de øvrige adressater for WWFs henvendelse 27. oktober 2003, ble svaret til WWF avgitt så raskt som faktisk mulig. Departementet legger således til

grunn at innsynsbegjæringen ble besvart uten grunnnet opphold, jfr. offl. § 9 første ledd.»

Det ble etter dette funnet grunn til å undersøke OEDs meroffentlighetsvurdering nærmere herfra. Departementet ble bedt om å opplyse bl.a. hvilket reelt og saklig behov det var for å unnta dokumentene fra offentlighet, og hvilke hensyn som etter departementets syn kunne tale for meroffentlighet. Det ble bedt om departementets kommentarer til at innspillene fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet etter en foreløpig gjennomgang mer syntes å ha karakter av sakkyndige uttalelser innenfor de respektive departementenes fagfelt, enn politiske vurderinger og overveielser. Det ble spurt om – og i tilfelle hvordan – hensynene bak Grunnloven § 110 b annet ledd var vektlagt i meroffentlighetsvurderingen. OED ble bedt om å redegjøre nærmere for hvordan konkurransehensyn i forhold til industrien var knyttet til begrunnelsen for offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c, og om eventuelle skadevirkninger av offentliggjøring før utlysning kunne avhjelpest. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvordan departementet vurderte spørsmålet om meroffentlighet etter at det ved beslutning om utlysning 15. desember 2003 ble avgjort og gjort kjent hvilke blokker som lyses ut. Departementet ble endelig anmodet om å gjøre greie for «etablert praksis» for at forvaltningens interne vurderinger ikke offentliggjøres etter at beslutningen om utlysning er fattet, og for at offentliggjøring i etterkant «med en eventuell påfølgende offentlig debatt om disse vurderingene, vil le ikke være forenlig med regjeringens arbeid og arbeidsmetoder», jf. OEDs brev 16. desember 2003 hit.

Til dette fremholdt OED bl.a. at offentliggjøring av de aktuelle dokumentene i mindre grad vil føre til tillit til og forståelse for forvaltningens arbeidsmetoder og avgjørelse i saken, «idet denne korrespondansen ikke avspeiler det politiske vedtak regjeringen til slutt fattet i saken, og som er offentlig (pressemelding 15. desember 2003 fra Olje- og energidepartementet).» Departementet uttalte videre:

«Sivilombudsmannen har rett i at det er faglige og sakkyndige merknader som avgis i den korrespondanse som er overlevert Sivilombudsmannen fra Olje- og energidepartements side, og som er unntatt offentlighet. Olje- og energidepartementet har i sine tidligere svar til Sivilombudsmannen nettopp hatt som målsetting å understreke at den prosessen som ledet opp til regjeringens politiske beslutning om utlysning av blokker i 18. konsesjonsrunde, er en prosess der alle relevante faglige (ressursmessige, fiskerimessige og miljømessige) hensyn skal inngå som grunnlag for den politiske beslutning.

Olje- og energidepartementet legger til grunn at vedtaket om å nekte WWF innsyn i nevnte korrespondanse er forenlig med Grunnlovens § 110 b annet ledd. Den rett borgerne gis i denne bestemmelsen er ikke ubetinget, men oppstår i likhet med borgernes øvrige rettigheter etter

Grunnloven innenfor rammen av den nasjonale lovgivning som er fastsatt i medhold av Grunnloven.

Den korrespondanse WWF har bedt om innsyn i, drøfter i detalj navngitte blokker som man på det daværende tidspunkt vurderte å utlyse i 18. konsesjonsrunde. Et slikt innsyn for WWF på det tidspunkt, vil kunne gi enkelte selskaper kunnskap om påtenkte blokker som andre selskaper ikke fikk den samme kunnskap om. Dette vil kunne gi disse selskapene et konkurransefortrinn, evt. – ulempe, avhengig av om de allerede da de fikk den nevnte kunnskap begynte å arbeide med søknader knyttet til disse blokkene. Skulle det senere vise seg at de aktuelle blokker faktisk ble/ikke ble utlyst, ville enkelte selskaper derved ha fått lengre tid på sin søknad enn den som er stipulert i utlysningen, evt. ha nedlagt store unødige ressurser i forhold til uaktuelle blokker. Dette viser også nødvendigheten av at informasjon om utlysningen gis samtidig til alle berørte, og nødvendigheten av at den informasjon som da gis, er den endelige fra myndighetenes side. I motsatt fall ville departementet til enhver tid stå fritt til å ha en høringsrunde knyttet til aktuelle blokker – sml. den nominasjonsprosess man innleder hver konsesjonsrunde med, og som er beskrevet i departementets brev 2. februar 2004 til Sivilombudsmannen.

Det følger av det foregående at det i den prosessen som leder frem til en politisk beslutning om utlysning av blokker i en konsesjonsrunde, er avgjørende viktig at ingen informasjon om de blokker som vurderes blir offentliggjort før den endelige politiske beslutning er fattet. Olje- og energidepartementet kan således ikke se hensyn som taler for meroffentlighet i denne forbindelse.»

Av hensyn til «regjeringens behov for å kunne gjennomføre en politisk prosess uten at foreløpige og interne vurderinger underveis offentliggjøres», kunne OED heller ikke se at det var grunnlag for offentliggjøring etter at utlysning var skjedd. Dette ble også opplyst som årsak til at offentliggjøring i etterkant med en eventuell påfølgende offentlig debatt ifølge departementet ikke er forenlig med regjeringens arbeid og arbeidsmetoder.

OED viste for øvrig til at Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner (Oljedirektivet) stiller krav om at alle berørte parter i en konsesjonsrunde må få lik og samtidig informasjon.

Partene hadde ikke ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingen

Ved avslag på en innsynsbegjæring skal det vises til «den bestemmelse som er hjemmel for avslaget», jf. offentlighetsloven § 9 annet ledd første punktum. Det er derfor kritikkverdig at det ikke uttrykkelig fremgikk av olje- og energiminsterens brev 17. november 2003 hvilken lovbestemmelse avslaget på WWF-Norges innsynsbegjæring var forankret i.

Innsynsbegjæringer «skal avgjøres uten ugrunnet opphold», jf. offentlighetsloven § 9 første ledd. Hva som er «ugrunnet opphold» beror på en konkret helhetsvurdering. Fra Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) s. 42 siteres:

«Hva som skal regnes for å være «uten ugrunnet opphold» vil avhenge av en konkret vurdering hvor hensyn må tas til spørsmålets vanskelighet og organets arbeidsmengde for øvrig. Departementet vil imidlertid fastholde at alle henvendelser etter offentlighetsloven etter sin art må behandles forholdsvis snart. Er det praktisk mulig å avgjøre spørsmålet umiddelbart vil dette være å foretrekke.»

Innsynsbegjæringer skal etter dette besvares raskt, fortrinnsvis umiddelbart. Jeg har i dokument nr. 4:1 (1997–1998) s. 11, jf. også dokument nr. 4:1 (2000–2001) uttalt at de fleste begjæringer bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter». Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld. nr. 32 (1997–1998) s. 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–99) s. 18.

Det tok i denne saken 13 dager fra WWF-Norges innsynsbegjæring ble journalført i OED til departementets avslag forelå. I lys av det rettslige utgangspunktet ovenfor kan jeg vanskelig se at en så lang saksbehandlingstid kan forsvares. Kravene til saksbehandlingstid tar i utgangspunktet høyde for at forvaltningsorganets arbeidsbyrde kan variere. Slik OED har vært inne på, kunne innsynsbegjæringen vært besvart særskilt, noe som kunne muliggjort kortere saksbehandlingstid.

2. Innsynsspørsmålet

Dokument som er utarbeidet «av et departement til bruk i et annet departement» i forbindelse med motakerdepartementets interne saksforberedelse, kan unntas fra offentlighet, jf. offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c. Innspillene fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet i forbindelse med OEDs forberedelse av beslutningen om utlysning av utvinningstillatelser på norsk sokkel, faller innenfor unntaksadgangen etter denne bestemmelsen.

Spørsmålet som har vært gjenstand for undersøkelsen herfra, er om dokumentene likevel burde kunne gjøres kjent helt eller delvis, jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd.

Jeg har etter en konkret vurdering under noe tvil kommet til at jeg ikke kan kritisere OEDs beslutning om ikke å utvise meroffentlighet. Det vises bl.a. til at saken synes å ligge i kjerneområdet for anvendelsesområdet til § 5 annet ledd bokstav c, jf. St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 60 første spalte hvor det bl.a. uttales:

«Formålet med unntak fra offentlighet i dokumenter fra ett departement til et annet, er først

og fremst å gi rom for fortrolige politiske vurderinger og overveielser departementene (departementssjefene) imellom. Et behov for unntak er det særlig i saker som skal avgjøres i statsråd eller behandles i regjeringsskonferanse. I disse sakene opptrer departementene som regjeringens sekretariat, og behovet for beskyttede politiske overveielser er åpenbart til stede. Unntaksadgangen bør etter regjeringens syn i hvert fall omfatte saker som vil kunne ut i statsrådsbehandling eller behandling i regjeringsskonferanse.»

Beslutningen 15. desember 2003 om utlysning ble truffet av regjeringen, og innspillene fra Miljøverndepartementet og Fiskeridepartementet synes å ha vært foreløpige utgangspunkter for videre politiske drøftelser som ledet frem til et omforent regjeringssnotat. Riktignok har dokumentene mer karakter av sakkyndige uttalelser innenfor de respektive departementenes fagfelt enn politiske vurderinger og overveielser. Etter mitt syn kan det imidlertid ikke trekkes et altfor skarpt skille mellom fag og politikk i en sak som denne. Den nærmere vurderingen av om det er grunnlag for å utvise meroffentlighet, beror etter gjeldende rett på en skjønnsmessig avveining av ulike hensyn som ombudsmannen i begrenset grad kan kritisere, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd tredje punktum.

Selv om jeg ikke har grunnlag for å kritisere OEDs avgjørelse, vil jeg knytte noen merknader til enkelte punkter i departementets argumentasjon i ombudsmannssaken.

OED har fremholdt at offentliggjøring neppe vil føre til tillit til og forståelse for forvaltningens arbeidsmetoder og avgjørelse i saken «idet denne korrespondansen ikke avspeiler det politiske vedtak regjeringen til slutt fattet i saken, og som er offentlig» (OEDs brev 8. mars 2004 første kulepunkt annet avsnitt). Jeg kan vanskelig følge departementets argumentasjon på dette punktet. Det er neppe egnet til å svekke tilliten til forvaltningen at borgerne blir kjent med at forskjellige departementer har ulike synspunkter. Tvert i mot kan det øke forståelsen for de avgjørelser som treffes at publikum blir kjent med at en saks utfall er resultat av brede drøftelser hvor sentrale for- og motargumenter har blitt belyst og analysert. Det vises for øvrig til Justiskomiteens uttalelse i Innst. S. nr. 21 (1997–98) s. 10 annen spalte:

«At det er uenighet mellom departementene om hvordan en sak bør behandles, bør ikke i seg selv medføre unntak fra offentlighet.»

Meroffentlighetsvurderingen kan ikke begrense seg til hensyn som kan tilsi at det ikke kan gis innsyn. Også hensyn som kan tilsi det motsatte – at det gis innsyn – må tas med i vurderingen. OED har opplyst at det ikke kan se hensyn som taler for meroffentlighet i denne saken. Til dette vil jeg bemerke at man i begrunnelsen for offentlighetsprinsippet kan hente argumenter for å gi innsyn. I denne saken

kan kort nevnes at innsyn ville kunne bedre borgernes mulighet til informert deltakelse i den offentlige debatten om utvinning på norsk sokkel, samt gi grunnlag for tilsyn med forvaltningens virksomhet. Innsyn vil dessuten kunne bidra til økt forståelse for departementenes arbeidsmetoder og for resultatet i saken, jf. ovenfor.

EUs oljedirektiv 94/22/EF synes å skulle sikre likebehandling av aktører som søker om eller som vil kunne søke om utvinningstillatelser. Hensynet til like konkurransevilkår for industrien på tidspunktet for utlysning har også vært av betydning for OED i innsynssaken. Etter mitt syn er dette imidlertid mer et spørsmål om *hvordan* informasjon gjøres kjent enn om hvorvidt den skal gjøres kjent overhodet. Til dette kommer at jeg er i tvil om dette hensynet kan forankres i begrunnelsen for offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c. Bestemmelsen gir adgang til å beskytte interne beslutningsprosesser i forvaltningen, ikke private aktører.

Grunnloven § 110 b annet ledd gjør borgerne «berettigede til Kundskab om Naturmilieuet Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen». Utenrikskomiteen påpekte ved vedtagelsen av bestemmelsen «at grunnlovsforslaget innebærer en rettighet for den enkelte borger både overfor det offentlige og private», og at grunnsetningene i § 110 b første og annet ledd vil «være et viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for» (Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6 første spalte). Dette innebærer at Grunnloven § 110 b annet ledd vil være et viktig moment ved tolkingen av offentlighetsloven, se for øvrig min uttalelse i saken referert i ombudsmannens årsmelding for 2000 s. 76–78. Bestemmelsen kan med andre ord begrense adgangen til å ikke utvise meroffentlighet for miljøinformasjon, i dette tilfellet især innspillet fra Miljøverndepartementet.

Av hensyn til «regjeringens behov for å kunne gjennomføre en politisk prosess uten at foreløpige og interne vurderinger underveis offentliggjøres», er det ifølge OED heller ikke grunnlag for offentliggjøring etter at utlysning skjedde 15. desember 2003, jf. departementets brev 8. mars 2004 s. 3. Det er anledning til å legge vekt på de mer langsiktige skadevirkningene innsyn i dokumenter av denne typen kan ha. Det kan bl.a. ses hen til at innsyn kan føre til en mindre åpen og frimodig dialog departementene imellom i senere saker. Slike hensyn gjør seg særlig gjeldende i saker som denne hvor departementene fungerer som sekretariater for regjeringen, som treffer den endelige beslutningen. Jeg har derfor ikke rettslig grunnlag for å nekte innsyn også etter at utlysning har skjedd. Dette innebærer imidlertid ikke at offentliggjøring i etterkant med påfølgende offentlig debatt i alle tilfeller ikke vil være forenlig med regjeringens arbeid og arbeidsmetoder. Spørsmålet om offentlighet må av-

gjøres konkret, og nektelse av innsyn kan neppe kun følge av «etablert praksis», jf. departementets brev 16. desember 2003.»

2.

Innsyn i Forsvarsdepartementets logger over inn- og utgående e-post

(Sak 2004–3205)

Saken reiste spørsmål om et forvaltningsorgans logger over inn- og utgående e-post er å anse som journal eller lignende register i henhold til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 annet ledd annet punktum, og således omfattet av innsynsretten. Subsidiært om et innsynskrav i e-postloggen for en avgrenset periode kan ansees som dokument i en bestemt sak, jf. § 2 annet ledd første punktum.

Ombudsmannen uttalte at loggene faller utenfor det tradisjonelle journalbegrepet og heller ikke er å anse som «lignende register». Loggene fyller ikke en journals funksjon som angitt i arkivforskriften 11. desember 1998 nr. 1193 § 2–6. Begrepet «sak» i offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum innebærer en innholdsmessig avgrensning, se bl.a. NOU 2003: 30 s. 81–82. En e-post-logg kan således ikke anses som et dokument i en bestemt sak, selv om begjæringen avgrenses til et bestemt tidsrom.

Forsvarsdepartementet av slo en begjæring fra Norsk Presseforbund om innsyn i departementets logger over inn- og utgående e-post. Departementet viste i avslaget til offentlighetsloven § 2 og gav følgende begrunnelse:

«Logg over e-post ved Forsvarsdepartementet er ikke å betrakte som en postliste. Denne loggen inneholder e-post som kan være av privat karakter, for den enkelte ansatte, samt all annen type informasjon til departementet som ikke trenger å være av arkivverdig karakter. E-post som sendes departementets ansatte, og som anses arkivverdig, blir ført i arkivets offentlige journal. Denne journalen har offentligheten full tilgang til.»

I klagen hit over Forsvarsdepartementets avslag framholdt Norsk Presseforbund bl.a. at Forsvarsdepartementets logger over inn- og utgående e-post er «hovedregistreringssystemet for å holde orden på all inn- og utgående e-post, og det eksisterer ingen alternativ oversikt over dette.» Under henvisning til St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 49 og Ot.prp. nr. 4 (1981–82) s. 12 anførte Presseforbundet på denne bakgrunn at loggene er journal eller lignende register i henhold til offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum.

Subsidiært framholdt Presseforbundet at loggene faller innenfor offentlighetslovens dokumentbegrep, og at innsynsbegjæringen gjaldt «en bestemt sak»,

jf. § 2 annet ledd første punktum, idet den var avgrenset til perioden januar 2003.

Under henvisning til Justisdepartementets drøftelse i St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 53 ble det herfra spurt om Forsvarsdepartementet hadde foretatt en selvstendig vurdering av om loggene er å anse som «journal og lignende register», jf. offentlighetsloven § 2 annet ledd, og om spørsmålet var tatt opp med Justisdepartementets lovavdeling i sakens anledning. Det ble videre vist til at klagen og foreløpige undersøkelser her viste at i svensk rett er e-postloggene å betrakte som «diarium, journal samt sådant register eller annen förteckning som föres fortlöpande», jf. den svenske tryckfrihetsförordningen 2. kap, 7 §. At ikke alle opplysningene i loggen er å anse som offentlige, endrer ikke loggens karakter, og det er derfor lagt til grunn at loggen er offentlig med mindre regler om taushetsplikt kommer til anvendelse. Det ble vist til Regeringsrättens dom 7. oktober 1998 (RÅ 1998 ref. 44) og Justitieombudsmannens ämbetsberättelse for 2001/02 s. 460–466 og for 2002/03 s. 497–500. På bakgrunn rettsstilstanden i Sverige og St. meld. nr. 32 (1997–98), ble departementet bedt om å begrunne nærmere hvorfor opplysningene i loggen ble ansett bestemmende for vurderingen av om loggen er å anse som «journal og lignende register».

Det ble også bedt om kommentarer til Presseforbundets subsidiære anførsel.

I svarbrev hit opplyste Forsvarsdepartementet at det hadde forelagt saken for Justisdepartementets lovavdeling. Forsvarsdepartementet redegjorde for en del av de synspunkter departementet hadde fremmet i oversendelsesbrevet til lovavdelingen, bl.a. at loggen ikke er journal eller lignende register selv om den føres løpende. Det ble vist til at loggen ikke føres «systematisk på en slik måte at den kan falle under disse betegnelsene i offentlighetsloven». Loggen er etter Forsvarsdepartementets syn «en teknisk registrering og som sådan en del av det elektroniske dokumenthåndteringssystemet i departementet med bruk av PC som ordinært arbeidsverktøy, og som bl.a. skal sikre at uferdige interne arbeidsdokumenter kan mottas og gjenfinnes av rette vedkommende». Departementet viste dessuten til at «en meget stor del av e-posten enten er private eller interne meldinger som ikke er arkivverdig post», og til gjeldende regler og retningslinjer om journalføring av dokumenter som sendes og mottas som e-post.

Forsvarsdepartementet vedla kopi av brev fra Justisdepartementets lovavdeling. Lovavdelingen viste først til bakgrunnen for bestemmelsen om journaloffentlighet i offentlighetsloven § 2. Det ble videre – under henvisning til justiskomiteens uttalelser ved innføringen av offentlighetsloven – påpekt at formålet med § 2 annet ledd annet punktum «er å bidra til at det ikke legges praktiske hindringer i veien for praktisering av innsynsretten etter loven». Lovavdelingen framholdt deretter at logger over inn- og

utgående e-post ikke har noe å gjøre med den journal som skal føres etter arkivforskriften § 2–6. Slike logger er derfor ikke register som trer i stedet for journal i vanlig forstand. Det ble vist til at e-post under enhver omstendighet må journalføres når det følger av lov og forskrift, og slik «skulle også lovens intensjon rettslig sett være ivarett». I lovavdelingens brev til Forsvarsdepartementet het det videre:

«Det er likevel et spørsmål om bestemmelsen i offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum burde tolkes dit hen at innsynsretten også omfatter e-post-logg. Det som kan tale for en slik tolkning er at e-post går til og fra den enkelte saksbehandler og derfor ikke er underlagt de samme journalføringsrutiner som den ordinære korrespondansen. Uten at vi har kjennskap til praksis når det gjelder journalføring av e-post, kan det hevdes at det er en større fare for at journalføringsplikten ikke overholdes når ikke all e-post sluses gjennom en arkivenhet som står for journalføringen. Dette er imidlertid og i så fall et praktisk problem som kan tenkes løst på andre måter enn å åpne for innsyn i e-post-loggen. Vi viser da også til at en e-post-logg vil inneholde en del informasjon som ved hver enkelt innsynsbegjæring må gjennomgås og vurderes slik at ikke personsensitive opplysninger utleveres. Det merarbeid som dette vil medføre for forvaltningen er ett av de momentene som må avveies mot offentlighetsprinsippet. Etter vår oppfatning er dette et spørsmål som bør overlates til lovgiver å ta stilling til. Vi viser da også til at det for tiden foregår et utredningsarbeid vedrørende ny lov om offentlighet.»

Til Norsk Presseforbunds subsidiære anførsel uttalte lovavdelingen at «en e-post-logg vil være omfattet av offentlighetslovens dokumentbegrep i § 3», men kan ikke som sådan ses som «en bestemt sak», jf. § 2 annet ledd første punktum. Det gjelder òg når innsynsbegjæringen er avgrenset til et bestemt tidsrom.

Etter dette fikk ombudsmannen oversendt fra Forsvarsdepartementet et sladdet utdrag av departementets logg over inn- og utgående e-post til illustrasjon. Kopi av utdraget, som viste «trafikken» kl 0800–0823 en mandag morgen og var på ti A4-sider, ble oversendt Presseforbundet.

Til Forsvarsdepartementets brev uttalte Presseforbundet at lovavdelingens konklusjon ikke var så klar som Forsvarsdepartementet framholdt. Under henvisning til St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 53 anførte klageren at loggene er av stor allmenn interesse, og at sterke rettspolitiske grunner taler for innsynsrett i loggene. Presseforbundet fastholdt for øvrig sin subsidiære anførsel og uttalte at det oversendte utdraget fra Forsvarsdepartementets logg «viser at Lovavdelingen her konkluderer urettmessig».

Til dette framholdt Forsvarsdepartementet at Norsk Presseforbund syntes å blande sammen lovavdelingens uttalelser om gjeldende rett og vurderinger som overlates til lovgiver å ta stilling til.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1. Det følger av offentlighetsloven § 2 annet ledd at enhver kan kreve innsyn i det offentlige innholdet i et forvaltningsorgans «journal og lignende register». Begrepet journal er ikke nærmere definert i loven, men forskrift 11. desember 1998 nr. 1193 om offentlige arkiv (arkivforskriften) § 2–6 har nærmere bestemmelser. Bestemmelsens første ledd første og annet punktum lyder:

«Eit offentlig organ skal ha ein eller fleire journalar for registrering av dokument i dei sakte organet opprettar. I journalen skal ein registrere alle inngåande og utgåande dokument som etter offentlegheitslova §§ 2 og 3 må reknast som saksdokument for organet, dersom dei er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon.»

En journal er med andre ord en systematisk ført liste over inn- og utgående saksdokumenter som er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon, se også Arvid Frihagen, «Offentlighetsloven I», 3. utg., 1994 s. 155. Forsvarsdepartementets logger over inn- og utgående e-post, slik de er framstilt under klagebehandlingen her, faller således utenfor det tradisjonelle journalbegrepet. Spørsmålet er om loggene kan anses å være «lignende register», jf. offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum.

I Ot.prp. nr. 4 (1981–82) s. 12 annen spalte ble det uttrykt at lignende registre er «slike registre som trer i istedenfor journal i vanlig forstand». Lovgiver la med andre ord opp til et funksjonelt begrep som kan ta høyde for teknologisk utvikling mv., se for øvrig NOU 2003: 30 Ny offentlighetslov s. 86. Etter mitt syn må «lignende registre» i dag derfor omfatte registre som fyller en journals funksjon som angitt i arkivforskriften § 2–6. Jeg kan på denne bakgrunn vanskelig se at e-post-loggene kan ansees som «lignende register» etter offentlighetsloven § 2 annet ledd. Loggene er elektronisk registrerte e-post-sendinger, herunder post som ikke skal journalføres. Selv om de er kronologiske, passer det etter min mening dårlig å si at loggene er systematisk ført, det vil si, planmessig og ordnet etter system. Deres funksjon er heller ikke å tre i stedet for journalen. Loggenes funksjon synes i det hele tatt ikke å være å tjene som «nøkkelen til forvaltningens arkiver og til de saker som stadig kommer inn eller går ut», jf. Innst. O. XIV (1969–70) s. 11.

Både Presseforbundet og lovavdelingen har pekt på at gode grunner kan tale for å utvide forståelsen av offentlighetsloven § 2 annet ledd annet punktum til å omfatte e-post-logger. Som påpekt i St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 53 annen spalte, er dette i hovedsak et rettspolitisk spørsmål. Jeg viker følgelig tilbake for å foreta denne vurderingen. Det er likevel grunn til å påpeke at e-post som faller innenfor arkivforskriften § 2–6, skal journalføres. Dersom for-

valtningen har – og følger – rutiner for journalføring, kan det synes unødvendig å pålegge de ulike forvaltningsorganer det merarbeidet offentliggjøring av e-post-loggene vil innebære.

2. Etter offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum kan enhver kreve å få gjøre seg kjent med «det offentlige innholdet av dokumenter i en bestemt sak». Det synes ikke tvilsomt at e-post-logg er omfattet av offentlighetslovens dokumentbegrep, jf. offentlighetsloven § 3. Spørsmålet er om kravet om at en innsynsbegjæring må gjelde en bestemt sak, er oppfylt ved at begjæringen gjelder et avgrenset tidsrom, slik Presseforbundet hevder.

Slik begrepet «sak» er nyttet i offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum, er det imidlertid tale om en innholdsmessig avgrensning. Se bl.a. også NOU 2003: 30 s. 81–82:

«Begrepet «sak» brukes i flere bestemmelser i offentlighetsloven, jf. §§ 1, 2, 3, 4 og 6. Saksbegrepet brukes i offentlighetsloven i to forskjellige betydninger. For det første betegner det en gruppe av dokumenter som naturlig hører sammen og derfor utgjør en «sak». I denne sammenhengen har begrepet en hjelpefunksjon.

For det annet brukes begrepet som et kriterium for å avgrense hvilke dokumenter som omfattes av innsynsretten etter loven. Det er denne måten begrepet brukes på i offentlighetsloven § 2 første ledd og § 3 første ledd første punktum. Slik begrepet «saksdokument» brukes i disse bestemmelsene, er det tale om en saklig («innholdsmessig») avgrensning. For at det skal dreie seg om et saksdokument etter §§ 2 og 3, slik at dokumentet dermed er omfattet av loven, må dokumentet innholdsmessig gjelde eller ha betydning for en sak eller et forhold som hører innunder forvaltningsorganets arbeidsområde.»

Forsvarsdepartementets e-post-logg kan således ikke anses som et dokument i en bestemt sak i henhold til offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum, selv om begjæringen avgrenses til et bestemt tidsrom.»

3.

Innsyn i brev frå Justisdepartementet til Kommunal- og regionaldepartementet

(Sak 2004–2303)

Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) gav delvis avslag på krav frå Bergens Tidende om innsyn i eit brev frå Lovavdelinga i Justisdepartementet til KRD. Lovgrunnlaget for avslaget var offentleglova 19. juni 1970 nr. 69 § 5 andre ledd bokstav c («dokument for et organs interne saksforberedelse som er utarbeidet av et departement til bruk i et annet departement»).

Ombodsmannen uttalte mellom anna at det var ein mangel ved KRD si vurdering under offentleglova § 2 tredje ledd (mei offentligheit), når det på

spørsmål frå ombodsmannen ikkje vart nemnd konkrete omsyn som kunne tale for at den hemmelegaldne delen av dokumentet vert gjort kjent. Han kunne vidare vanskeleg sjå at brevet frå Lovavdelinga låg i kjernen for unntaksheimelen i § 5 andre ledd bokstav c. KRD vart bede om å vurdere på nytt om det kunne vere grunn til gje innsyn i større delar av brevet frå Lovavdelinga enn det som alt var gjeve. KRD vurderte saka på nytt og gav innsyn i brevet med unntak for nokre avsnitt.

Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) gav delvis avslag på krav frå Bergens Tidende om innsyn i eit brev frå Lovavdelinga i Justisdepartementet til KRD. Lovgrunnlaget for avslaget var offentleglova 19. juni 1970 nr. 69 § 5 andre ledd bokstav c.

I klaga til ombodsmannen opplyste Bergens Tidende mellom anna at brevet frå Lovavdelinga var ei rettsleg utgreiing av KRD sitt høve til å instruere Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, og at bakgrunnen for brevet var den såkalla Mullah Kregar saka.

Ombodsmannen innhenta kopi av Lovavdelinga sitt brev frå KRD, og det vart funne grunn til å gjere ei nærare granskning av KRD si avgjerd. Ombodsmannen spurde KRD om korleis omsyna bak offentleglova § 5 andre ledd bokstav c etter departementet sitt syn gjorde seg gjeldande i denne saka, og kva for eit reelt og sakleg behov som gjorde at den hemmelegaldne delen av brevet ikkje skulle vere offentleg. Ombodsmannen spurde vidare om departementet kunne sjå omsyn som tala for at den hemmelegaldne delen av dokumentet «likevel bør kunne gjøres kjent», jf. offentleglova § 2 tredje ledd. Til sist vart det spurt om det kunne vere tilhøve som tilsa at omsyna under vurderinga etter offentleglova § 2 tredje ledd vart gjeve ei anna vektlegging no enn i mai 2003. KRD vart i denne samanheng bede om å avklare om departementet si sak som Lovavdelinga sitt brev var knytt til var avgjort i KRD, eventuelt kvar saka sto.

I svarbrevet til ombodsmannen uttalte KRD mellom anna:

«Det er ulike grunnar til at departementet meiner at den hemmelegaldne delen av brevet ikkje skal vere offentleg. For det første inneheld brevet rettslege utgreiingar som gjeld ei enkeltsak som ikkje er avslutta i departementet. Denne saka har ein særskild karakter, og det er mange ulike omsyn å ivareta i vurderinga. For det andre inneheld brevet utgreiingar som er gjenstand for grundigare vurderingar i departementet for tida, også uavhengig av enkeltsaka. Brevet frå Lovavdelinga inneheld fleire vurderingar som departementet ikkje enno har tatt stilling til og som etter departementet sitt syn er av intern karakter. Korleis ein skal trekkje opp grensene for departementet sitt instruksjonsmynde, er eit komplisert tema som inneheld både rettslege og politiske vurderingar.

Departementet ser ikkje at brevet frå Lovavdelinga «likevel bør kunne gjøres kjent», jf. offentleglova § 2 tredje ledd. Departementet meiner ikkje at dei alminnelege omsyna bak offentleglova inneber at det blir gitt innsyn i brevet frå Lovavdelinga. Etter departementet sitt syn må det vere høve til å nekte innsyn i eit dokument som inneheld vurderingar som er del av ein større prosess, og som har både rettslege og politiske konsekvensar.

At brevet frå Lovavdelinga er datert 2. mai 2003, påverkar ikkje denne vurderinga. Vi viser til det som er skreve over om at saka ikkje er avslutta i departementet.»

Til sist streka KRD under at brevet frå Lovavdelinga ikkje inneheldt meir informasjon om spørsmålet om departementet sitt høve til å instruere vedtaksorganet og klageorganet enn det som gjekk fram av den delen som klagaren alt hadde fått innsyn i. Klagaren hadde etter KRD sitt syn «såleis fått den informasjon som er i brevet om det problemet han er opptatt av».

KRD la ved kopi av brevet til Lovavdelinga i Justisdepartementet kor KRD bad om utgreiinga frå Lovavdelinga.

Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Hovudregelen etter offentleglova er at forvaltninga sine saksdokument er offentlege, jf. § 2 fyrste ledd. § 5 andre ledd bokstav c gjev høve til å nekte innsyn i dokument for eit departement si interne saksførebuing som er utarbeidd av eit anna departement. Hovudgrunngevinga for regelen er at det skal vere høve til ubundne og fortrulege politiske drøftingar mellom dei ulike departementa.

Det må vere klart at brevet 2. mai 2003 frå Lovavdelinga til KRD fell innanfor offentleglova § 5 andre ledd bokstav c, og at det såleis var høve for KRD til å nekte klagaren innsyn i dokumentet. Spørsmålet i saka er om den hemmelegaldne delen av brevet «likevel bør kunne gjøres kjent», jf. § 2 tredje ledd. Eg har funne grunn til å knyte nokre merknader til KRD si vurdering av dette spørsmålet.

Slik klagaren og KRD ser ut til vere samde om, er saka i KRD som Lovavdelinga sitt brev er knytt til, av offentleg interesse. Omsynet til borgarane og opinionen sitt høve til å kunne ha kunnskap om og føre kontroll med KRD si handsaming av saka, talar difor for at innhaldet i dokumentet vert gjort kjent. Kunnskap om innhaldet i Lovavdelinga si utgreiing vil kunne vere ein viktig føresetnad for å kunne ytre seg på eit informert grunnlag om saka. Eg syner i denne samanheng til St. meld. nr. 32 (1997–98) Om offentlighetsprinsippet i forvaltningen pkt. 5.4.4.1, kor det i innleiinga er uttalt:

«Som nevnt under 5.4.1 går Regjeringa inn for å stramme inn unntaksadgangen i § 5 annet ledd slik at offentlighetsprinsippet styrkes. Utvidet krav på innsyn i slike interne dokumenter vil gi allmennheten tilgang til forvaltningens hand-

lingspremisser og i større grad gi grunnlag for tilsyn med forvaltningen og informert deltakelse i den offentlige debatt.»

Samstundes vil det kunne medverke til å styrkje KRD sin legitimitet og integritet om det i større grad vert gjort kjent kva for eit rettsleg grunnlag KRD si avgjerd og sakshandsaminga byggjer på.

Dette er nokre av dei alminnelege omsyna bak hovudregelen i offentleglova § 2 fyrste ledd som etter mitt syn gjer seg gjeldande med styrkje i denne saka. Det er difor ein mangel ved KRD si vurdering under § 2 tredje ledd når det på spørsmål herifrå ikkje er nemnd konkrete omsyn som kan tale for at den hemmeleghaldne delen av dokumentet vert gjort kjent.

Vidare kan eg vanskeleg sjå at brevet frå Lovavdelinga ligg i kjernen for unntaksheimelen i § 5 andre ledd bokstav c. Regelen tek som nemnd særleg sikte på behovet for unntak for frie politiske vurderingar departementa imellom, især mellom departementssjefane i saker som skal verte avgjorde i statsråd. Lovavdelinga sitt brev ser i hovudsak ut til å innehalde generelle rettslege utgreiingar, og i mindre grad politiske vurderingar. Vidare kan eg ikkje sjå at nokon i den politiske toppleiinga i Justisdepartementet står bak brevet. Brevet ser i det heile ut til å vere ei vanleg fråsegn frå Lovavdelinga om rettslege spørsmål i tråd med den juridiske ekspertrolla avdelinga har i sentralforvaltninga. Dokumentet har såleis også eit meir offisielt preg enn interne arbeidsdokument gjerne har. Desse tilhøva kan tale for at større delar av brevet vert gjort offentleg kjent, idet omsyna bak § 5 andre ledd bokstav c ikkje gjer seg så sterkt gjeldande, jf. St. meld. nr. 32 (1997–98) pkt. 5.4.4.3. Eg kan ikkje sjå at KRD har sett hen til desse momenta i vurderinga under offentleglova § 2 tredje ledd. Departementet si vurdering er i det heile ikkje særleg konkret. Det er i liten grad påvist eit reelt og sakleg behov for å nekte innsyn i den hemmeleghaldne delen av Lovavdelinga sitt brev.

På den andre sida er det lite tvilsamt at saka i KRD som Lovavdelinga sitt brev er knytt til, har politiske overtonar. Sjølv om Lovavdelinga sitt brev i hovudsak inneheld rettslege utgreiingar, er eg difor tilbakehalden med å ta eit klart standpunkt til spørsmålet om innsyn i den delen av brevet som er knytt til den konkrete saka.

Slik KRD er inne på, inneheld brevet også rettslege utgreiingar som gjeld utan omsyn til den konkrete enkeltsaka. KRD opplyser at desse gjeld spørsmål som «er gjenstand for grundigare vurderingar i departementet for tida». Sjølv om det kan vere gode grunnar til å nekte innsyn i dei politiske drøftingane i KRD som det her vert sikta til, kan eg ikkje sjå at slike omsyn gjer seg like sterkt gjeldande for brevet frå Lovavdelinga. Lovavdelinga sitt brev er etter mitt syn heller ei utgreiing som drøftingane kan skje på grunnlag av enn ein del av sjølve drøftingane. Ut-

greiinga har såleis større likskap med faktiske opplysningar enn vurderingar. Grunnlaget for å nekte innsyn i innhaldet i brevet som ikkje gjeld den konkrete enkeltsaka, er difor svakt. Til dette kjem at dei drøftingane som KRD siktar til, gjeld spørsmål som opinionen ut frå demokratiomsynet bør kunne ta del i drøftinga av på best mogleg grunnlag.

I svarbrevet til ombudsmannen streka KRD under at brevet frå Lovavdelinga ikkje inneheld meir informasjon om spørsmålet om departementet sitt høve til å instruere vedtaksorganet og klageorganet enn det som går fram av den delen som klagaren alt har fått innsyn i. Klagaren har etter KRD sitt syn «såleis fått den informasjon som er i brevet om det problemet han er opptatt av». Formuleringa kan gje inntrykk av at KRD i vurderinga under offentleglova § 2 tredje ledd har teke stilling til og lagt vekt på bakgrunnen for Bergens Tidende sitt krav om innsyn, og til kva interesse avisa skulle ha av innhaldet i resten av dokumentet. Eg kan vanskeleg sjå at dette er relevante moment i vurderinga. Kva nytte klagaren vil kunne ha av å få innsyn i den hemmeleghaldne delen av dokumentet, må det som den klare hovudregel vere opp til klagaren sjølv å vurdere. Eg syner i denne samanheng òg til at det ikkje er eit krav om grunngeving for krav om innsyn.

Samla gjer tilhøva ovanfor at det etter mi meining knyt seg «begrunnet tvil» til KRD si vurdering under offentleglova § 2 tredje ledd for Lovavdelinga sitt brev 2. mai 2003, jf. ombudsmannslova 22. juni 1962 nr. 8 § 10 andre ledd siste punktum. Eg vil difor be KRD om å vurdere på nytt om det kan vere grunn til gje innsyn i større delar av brevet frå Lovavdelinga enn det som alt er gjeve. Departementet bør i den nye vurderinga sjå hen til synspunkta mine ovanfor, og til målsetjinga om økt innsyn i dokument som er omfatta av offentleglova § 5 andre ledd, jf. mellom anna St. meld. nr. 32 (1997–98) pkt. 5.4.4.6.»

Eg bad om å om å bli orientert om utfallet av den nye vurderinga ved kopi av brevet til klagaren. Kommunal- og regionaldepartementet vurderte saka på nytt og skreiv i brev 12. november 2004 til Bergens Tidende at det var bestemt å gi innsyn i brevet, med unntak for nokre avsnitt.

4.

Innsyn i sak om lotteri

(Sak 2004–1256)

Kultur- og kirkedepartementet (KKD) avslo begjæring om innsyn i dokumenter i en sak der departementet hadde til vurdering om angitte konkurranser var lotteri i henhold til lotteriloven 24. februar 1995 nr. 11 § 1 første ledd bokstav a. Hjemmel for avslaget var offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 6 første ledd nr. 5.

Ombudsmannen kom med merknader til departe-

mentets saksbehandling, bl.a. var saksbehandlingstiden kritikkverdig lang. Han uttalte videre at saken lå i randsonen for § 6 første ledd nr. 5 sitt anvendelsesområde, og at hensynene bak bestemmelsen ikke gjorde seg gjeldende i særlig grad i dette tilfellet. På denne bakgrunn fant ombudsmannen det uklart om KKD i meroffentlighetsvurderingen etter offentlighetsloven § 2 tredje ledd hadde sett tilstrekkelig hen til forhold som talte for offentlighet. KKD ga etter ny vurdering innsyn i dokumentene.

A fremsatte 26. september 2003 overfor KKD en muntlig begjæring om innsyn i dokumenter i en sak der departementet hadde til vurdering om to seerkonkurranser var lotteri i henhold til lotteriloven § 1 første ledd bokstav a. KKD avsto begjæringen muntlig samme dag. I brev 29. september 2003 til departementet anmodet A om at innsynsbejæringen ble vurdert på nytt, herunder at departementet vurderte å utvise meroffentlighet, jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd. Departementet ga i brev 29. oktober 2003 endelig avslag på innsynsbejæringen. Avslaget var forankret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 og begrunnet med hensynet «til berørte parter og den videre behandlingen av saken».

A klaget KKD's avslag inn for ombudsmannen, som tok saken opp med departementet. Det ble stilt spørsmål om departementets saksbehandling, bl.a. om departementet normalt gir muntlig avslag på innsynsbejæring. KKD ble anmodet om å gjøre nærmere rede for hvordan hensynene bak offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 gjorde seg gjeldende i denne saken, herunder opplyse om – og i bekreftende fall; hvordan – spørsmålet om meroffentlighet var vurdert. Det ble bl.a. spurt om det kunne ha betydning for vurderingen av innsynsbejæringen at saksforholdet var omtalt på Lotteritilsynets nettsted hvor også tilsynets forhåndsvarsel om pålegg om opphør av avholdelse, markedsføring og formidling av seerkonkurransene, var gjengitt.

I svaret til ombudsmannen bekreftet KKD at klagerens innsynsbejæring i første omgang var blitt fremsatt og besvart muntlig, men at «[i] motsetning til vanlig praksis ble departementets avgjørelse i dette tilfellet ikke nedtegnet eller bekreftet skriftlig i etterkant». Den lange saksbehandlingstiden for klagerens skriftlige henvendelse skyldtes «et omfattende arbeidspress i den aktuelle perioden». På generelt grunnlag uttalte KKD:

«Dersom Kultur- og kirke departementet mottar muntlige bejæringar om innsyn i saksdokumenter, er det vanlig at det bes om at bejæringa sendes skriftlig og at det vises til hvilke dokumenter som det bejæres innsyn i, jf. offentlighetsloven § 2 annet ledd. Departementets avgjørelse sendes også skriftlig. I forhold til presse-henvendelser er det likevel til en viss grad praksis for å behandle muntlige henvendelser, men da slik at departementets avgjørelse nedtegnes og bekrefte skriftlig, vanligvis på faks.»

Vedrørende innsynspørsmålet stadfestet departementet at begrunnelsen for avslaget var hensynet til berørte parter og den videre saksbehandlingen. Om meroffentlighetsvurderingen ble det bl.a. uttalt:

«Departementet har lagt til grunn at formålet med offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 er å kunne forhindre at opplysninger om regelbrudd blir gjort offentlig på en måte som i uforholdsmessig grad går utover sakens parter. Det er videre lagt til grunn at behovet for å skjerme mot offentliggjøring ofte vil være størst i den saksforberedende perioden fram til vedtak fattes. Særlig kan dette være tilfellet når det er uklart i hvilken grad det foreligger et regelbrudd.

...

Tidligere offentliggjøring av dokumenter og opplysninger i saken kan også gjøre det lettere å gi innsyn ut fra en meroffentlighetsvurdering. I denne sak er det gitt innsyn i dokumenter fram til Lotteritilsynets oversendelse til departementet. Det har også vært medieoffentlighet rundt saken i tilknytning til Lotteritilsynets varsel om vedtak. Departementet kan ikke se at disse forhold i seg selv tilsier at departementet bør gi fortløpende innsyn i nye dokumenter som senere innhentes i forbindelse med departementets saksforberedelse.»

Avslutningsvis fremholdt departementet at det ved vurderingen av klagerens tilknytning til de aktuelle konkurransene anså «det mer tungtveiende å unngå unødig vidløftiggjøring av saken, enn at A ble holdt fortløpende oppdatert med kopi av alle sakens dokumenter».

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Saksbehandlingen:

1. «Et avslag på en innsynsbejæring er et enkeltvedtak, og hovedregelen er at «enkeltvedtak skal være skriftlig», jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 23. Det er derfor kritikkverdig at avslaget på As innsynsbejæring alene ble gitt pr. telefon. Dersom forvaltningsavgjørelser blir meddelt telefonisk, bør de bekrefte skriftlig umiddelbart etterpå, slik det etter det opplyste er praksis for i KKD. I denne saken kunne en skriftlig bekreftelse dessuten vært kombinert med et foreløpig svar på klagerens skriftlige henvendelse, jf. forvaltningsloven § 11 a.

Videre bør innholdet i telefonsamtaler av denne typen under enhver omstendighet nedtegnes og protokolleres på saken, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 11 d annet ledd. Jeg har merket meg at dette er vanlig praksis i KKD.

2. Offentlighetsloven stiller for øvrig ingen formkrav til en innsynsbejæring, se også Justisdepartementets veileder i offentlighetsloven s. 95. KKD har opplyst at det ved muntlige innsynsbejæringar vanligvis ber om at bejæringa sendes skriftlig. Også en muntlig bejæring må imidlertid behandles. Det kan vanskelig begrunnes rettslig der-

som det kreves en skriftlig begjæring før departementet tar stilling. Jeg vil anmode departementet om å vurdere sin praksis.

3. Innsynsbegjæringer «skal avgjøres uten ugrunnet opphold», jf. offentlighetsloven § 9 første ledd. Hva som er «ugrunnet opphold» beror på en konkret helhetsvurdering. Fra Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) s. 42 siteres:

«Hva som skal regnes for å være «uten ugrunnet opphold» vil avhenge av en konkret vurdering hvor hensyn må tas til spørsmålets vanskelighet og organets arbeidsmengde for øvrig. Departementet vil imidlertid fastholde at alle henvendelser etter offentlighetsloven etter sin art må behandles forholdsvis snart. Er det praktisk mulig å avgjøre spørsmålet umiddelbart vil dette være å foretrekke.»

Innsynsbegjæringer skal etter dette besvares raskt, fortrinnsvis umiddelbart. Jeg har i dokument nr. 4:1 (1997–1998) s. 11, jf. også dokument nr. 4:1 (2000–2001) uttalt at de fleste begjæringer bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter». Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld nr. 32 (1997–1998) s. 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–99) s. 18. Hensynene bak kravene til saksbehandlingstid gjør seg også gjeldende ved klagebehandling av avslag på innsyn. Det er først ved klagevedtaket at det foreligger en endelig avgjørelse av innsynsspørsmålet. Klagesaker etter offentlighetsloven må følgelig avgjøres raskt, se også Justisdepartementets veileder s. 103.

As brev 29. september 2003 til KKD var dels en klage over departementets rettsanvendelse, dels en anmodning om at meroffentlighet ble vurdert. Selv om stor arbeidsmengde til en viss grad kan forsvare at det tar noe tid å behandle en slik henvendelse, finner jeg i lys av synspunktene ovenfor grunn til å kritisere at KKD's skriftlige svar til klageren ikke forelå før 29. oktober 2003.

Innsynsspørsmålet

Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 gir adgang til å unnta «anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse» fra offentlighet. Bestemmelsen omfatter ikke bare dokumenter om fullbyrdede lovovertrødelse, men også dokumenter i saker hvor det er uklart om det foreligger en lovovertrødelse. Det er imidlertid et vilkår at dokumentene omhandler en lovovertrødelse.

Det underliggende spørsmålet i denne saken var om seerkonkurransene var lotteri i henhold til lotteriloven § 1 første ledd bokstav a. Lotteritilsynets foreløpige vurdering var at konkurransene var lotteri, og det kunne således være at det forelå straffbart brudd på lotteriloven, jf. lovens § 17. I tvilstilfeller ligger det imidlertid til KKD å avgjøre «med binden-

de virkning om det foreligger lotteri», jf. § 1 annet ledd. Dette var bakgrunnen for at tilsynet i brev med gjenpart til bl.a. A forela saken for departementet. «Saken» for departementet var, slik jeg forstår det, følgelig ikke bare å vurdere om det forelå en lovovertrødelse, men også med bindende virkning å avgjøre om de angjeldende konkurransene var lotteri i lovens forstand. Departementets sak var med andre ord ikke en ren sak «om lovovertrødelse», jf. offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5. Det lå også til departementet – innenfor lotterilovgivningens rammer – å bestemme om seerkonkurransene var å anse som lotteri. Selv om jeg etter konkret vurdering har kommet til at unntaksadgangen etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 kunne anvendes i denne saken, ligger saken etter mitt syn i randsonen av bestemmelsens anvendelsesområde. Dette kan få betydning for meroffentlighetsvurderingen, jf. nedenfor.

Selv om offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 gir adgang til å unnta de aktuelle dokumentene fra offentlighet, må det vurderes om de «likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis», jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd. I meroffentlighetsvurderingen må det tas stilling til om det foreligger et reelt og saklig behov for å nekte innsyn. Det skal tungtveiende grunner til for å sette til side offentlighetsprinsippet. Avgjørende er om de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksbestemmelsen i den konkrete saken gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i forhold til de hensyn som taler for offentlighet. Offentlighetsutvalget uttalte bl.a. følgende om bakgrunnen for § 6 første ledd nr. 5:

«På mange felter av vår forvaltningslovgivning vil myndighetenes kontrollvirksomhet være avhengig av opplysninger fra private. Slike opplysninger vil ofte ha karakter av anmeldelser for overtrødelse av den gjeldende lovgivning. Dersom slike anmeldelser uten videre skulle være offentlige dokumenter, ville dette i vesentlig grad kunne innvirke på effektiviteten av myndighetenes kontrollarbeid. Hvis klagen viser seg uberettiget, vil det på den annen side være en fordel at den klagen gjelder ikke er kommet i offentlighetens søkelys.» (Innstilling om offentlighetsprinsippet i forvaltningen (1967) s. 93.)

KKD har overfor ombudsmannen opplyst at det i meroffentlighetsvurderingen bl.a. ble vektlagt at «saken fortsatt var på et foreberedende stadium» og at formålet med § 6 første ledd nr. 5 «er å kunne forhindre at opplysninger om regelbrudd blir gjort offentlig på en måte som i uforholdsmessig grad går utover sakens parter». Det er vist til at «offentlig debatt om lovligheten vil kunne ha negativ påvirkning på deltakelsen i konkurransen», og at innsyn for klageren kunne medføre en vidløftiggjøring av saken som bl.a. kunne gå utover departementets saksbehandlingstid.

Det følger av sitatet fra forarbeidene ovenfor at det er anledning til å vektlegge den private parts be-

hov for skjerming og hensynet til effektiviteten av myndighetenes arbeid, slik departementet har gjort. Videre er det relevant å se hen til at saken er på et tidlig stadium bl.a. fordi saken da ikke er fullt opplyst, slik at offentliggjøring kan gi en skjev fremstilling. Etter mitt syn gjør imidlertid ikke disse hensynene seg gjeldende i særlig grad i denne saken, og jeg finner det uklart om departementet har sett tilstrekkelig hen til forhold som taler for offentlighet.

På tidspunktet for klagerens innsynsbegjæring var saken omtalt på Lotteritilsynets nettsted hvor også tilsynets forhåndsvarsel om pålegg om opphør av avholdelse, markedsføring og formidling av seerkonkurransene, var gjengitt. Slik klageren har påpekt, kan avslaget på hans innsynsbegjæring følgelig vanskelig begrunnes med at det ville være en fordel for arrangørene å unngå offentlighetens søkelys dersom departementet kom til at det ikke forelå brudd på lotteriloven. Det søkelyset var allerede rettet mot arrangørene av lotterimyndighetene selv. Departementets dokumenter synes for øvrig i hovedsak å inneholde juridiske vurderinger og ytterligere opplysninger om konkurransenes innhold, og offentliggjøring kunne således heller bidra til en ytterligere opplysning av saken for allmennheten. Jeg har vanskelig for å se at dette kunne føre til et sterkere negativt søkelys på saken for arrangørene enn det som allerede var, snarere tvert i mot. Det er derfor heller ikke grunn til å anta at innvilgelse av klagerens innsynsbegjæring ville kunne føre til en skjev fremstilling av saken, selv om behandlingen i departementet var på et tidlig stadium. At innsyn for klageren kunne føre til at han kom med innspill som kunne føre til det departementet har omtalt som en vidløftiggjøring av saken, er i denne sammenhengen av liten betydning.

I meroffentlighetsvurderingen må det videre legges vekt på at de aktuelle dokumentene i beskjeden grad synes å inneholde sensitiv informasjon. Departementet har opplyst at dokumentene ikke inneholder taushetsbelagte opplysninger.

Det taler dessuten for offentlighet at saken har allmenn interesse. Jeg viser til at seerkonkurranser når et bredt publikum, og at det er viktig at allmennheten har mulighet til å bli informert om grunnlaget for myndighetenes vurderinger av slike konkurransers lovlighet. Dette vil for øvrig kunne styrke tilliten til forvaltningens virksomhet og bidra til økt forståelse for de avgjørelser som treffes.

Det må videre ses hen til at saken neppe ligger i kjerneområdet for offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5, jf. ovenfor.

Departementet har fremholdt at det ikke kan være avgjørende at klageren er den som har initiert saken overfor lotterimyndighetene og at han har vært blant adressatene for en del av tilsynets brev i saken. Jeg kan slutte meg til dette, men finner likevel at dette er forhold som i en helhetsvurdering kan tale for innvilgelse av hans innsynsbegjæring.

På bakgrunn av det jeg ovenfor har trukket frem, har jeg kommet til at det knytter seg «begrunnet tvil» til KKD's meroffentlighetsvurdering, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum. Det er bl.a. uklart om departementet har sett tilstrekkelig hen til forhold som taler for offentlighet. Under enhver omstendighet synes det lite betenkkelig å gi klageren innsyn i dokumentene etter at departementet traff vedtak i den underliggende saken.»

Jeg ba på denne bakgrunn KKD om å vurdere om det nå kunne gis innsyn.

KKD kom tilbake til saken i brev 15. mars 2004 til A. Det ble nå gitt innsyn i de etterspurte dokumentene.

5.

Innsyn i etterforskningsdokumenter benyttet av granskingskommisjonen

(Sak 2004–2889)

Justisdepartementet hadde nektet innsyn i tre etterforskningsdokumenter benyttet av en granskingskommisjon, men utarbeidet i forbindelse med en straffesak. Departementet la til grunn at unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 1 tredje ledd om «saker som behandles etter rettspleielovene» kom til anvendelse. Innsyn hadde også blitt nektet under henvisning til lovbestemt taushetsplikt, jf. offentlighetsloven § 5 a og taushetspliktsbestemmelser i straffeprosessloven og politiloven samt offentlighetsloven § 6 nr. 5 som hjemler unntak fra offentlighet for «anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse». Departementet fant heller ikke grunn til å utøve meroffentlighet og begrunnet dette med at dokumentene i all hovedsak inneholdt opplysninger som var undergitt taushetsplikt.

Ombudsmannen konkluderte med at granskingen var en selvstendig forvaltningssak og at innsyn i dokumentene granskingskommisjonen hadde benyttet under sitt arbeid måtte vurderes ut fra reglene i offentlighetsloven. Ombudsmannen reiste videre spørsmål om bestemmelsene om taushetsplikt i straffeprosessloven og politiloven kom til anvendelse. Det ble også reist spørsmål ved departementets begrunnelse for å nekte meroffentlighet. Det er bare taushetsbelagte opplysninger som kan unntas offentlighet, og meroffentlighet for deler av dokumentene måtte vurderes. Justisdepartementet ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Faktaavdelingen NRK-TV henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med at Justisdepartementet hadde avslått avdelingens begjæring om innsyn i dokumenter knyttet til NOU 2000:6 (Lillehammersaken – Omstendigheter rundt drapet på Ahmed Bouchikhi den 21. juli 1973 og sakens senere håndtering av myndigheter). Innsynsbegjæringen knyttet seg til tre etterforskningsdokumenter utarbeidet i

forbindelse med straffesaken samt to interne notater utarbeidet under kommisjonens arbeid.

For de interne notatene hadde departementet avslått innsyn under henvisning til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd og § 6 nr. 5. Innsyn i etterforskningsdokumentene var avslått under henvisning til straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 61 a og politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 24 som gjelder taushetsplikt. I brev hit viste departementet også til offentlighetsloven § 6 nr. 5 og § 5 a første ledd, jf. annet ledd.

Saken ble forelagt departementet. Det ble bl.a. bedt om departementets syn på betydningen av offentlighetsloven § 1 tredje ledd i saken. For så vidt gjaldt departementets henvisning til offentlighetsloven §§ 5 og 6, ble det vist til at disse bestemmelsene omhandler dokumenter som *kan* unntas fra offentlighet. Det ble herunder stilt spørsmål ved at departementet ikke syntes å ha foretatt en meroffentlighetsvurdering. Det ble videre påpekt at det er *opplysninger* «som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov» som er unntatt fra offentlighet etter bestemmelsen i offentlighetsloven § 5 a, og at «dokumentet for øvrig er offentlig».

I departementets svarbrev fremkom det at departementet etter ny vurdering hadde funnet å kunne gi innsyn i kommisjonens interne notater. Når det gjaldt de tre etterforskningsdokumentene, opprettholdt departementet sitt avslag, men med en noe annen begrunnelse. Fra departementets brev siteres:

«Disse dokumentene ble utarbeidet i anledning av en sak som ble behandlet etter straffeprosesslovens regler, og dokumentene faller derved utenfor offentlighetslovens anvendelsesområde, jf. offentlighetsloven § 1 tredje ledd. Siden dokumentene i all hovedsak inneholder opplysninger som er undergitt taushetsplikt jf. straffeprosessloven § 61 a, er det heller ikke rom for utlevering ut fra et meroffentlighetsperspektiv.»

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Etterforskningsdokumentene

1.1. Spørsmål om offentlighetsloven gjelder

Etter offentlighetsloven § 1 tredje ledd gjelder ikke offentlighetsloven «saker som behandles etter rettspleielovene».

Departementet har i svarbrevet hit presisert at dokumentene ble utarbeidet i anledning av en sak som ble behandlet etter straffeprosesslovens regler, og konkludert med at dokumentene derved faller utenfor offentlighetslovens anvendelsesområde. Departementet har videre uttalt at siden dokumentene i all hovedsak inneholder opplysninger som er undergitt taushetsplikt, jf. straffeprosessloven § 61 a, er det «heller ikke rom for utlevering ut fra et meroffentlighetsperspektiv».

Det går frem av forarbeidene til offentlighetsloven § 1 tredje ledd, jf. Ot.prp. nr. 4 (1981–82) side 46 at også dokumenter som er utferdiget i forbindelse med en sak etter rettspleielovene omfattes av offentlighetsloven når de benyttes i en senere forvaltningssak. Det vises også til NOU 2003:30 om ny offentlighetslov side 73–74 vedrørende gjeldende rett.

I NOU 2000:6 kap. 2 om kommisjonens mandat heter det bl.a.:

«Granskingen skal ta sikte på å klarlegge om det fra noen norske myndigheter eller personer er gitt bistand forut for, i forbindelse med eller etter drapet på Ahmed Bouchiki, eller om det fra noen slike myndigheter eller personer er utøvd kritikkverdige forhold i forbindelse med etterforskningen av drapet og den senere straffesaksbehandling.»

Videre bør granskingen ta sikte på å avklare om opplysninger urettmessig ble holdt tilbake for Justisdepartementet i forbindelse med henvendelsene i 1990 og 1993 som ble rettet til riksadvokatembetet på bakgrunn av spørsmål fra stortingsrepresentant Paul Chaffey.»

Jeg legger til grunn at kommisjonens mandat bl.a. var å finne frem til de faktiske forhold i Lillehammer-saken, herunder bl.a. å klarlegge om det fra noen norske myndigheter eller personer ble utøvd kritikkverdige forhold i forbindelse med etterforskningen av drapet og den senere straffesaksbehandlingen. Granskingskommisjonen må sies å være opprettet som et organ for staten for å undersøke disse forholdene. Slike granskinger må også sies å være en typisk offentlig oppgave. Jeg konkluderer med at granskingskommisjonen er et organ for staten i henhold til bestemmelsen i offentlighetsloven § 1 og at granskingen er å anse som en selvstendig forvaltningssak. I likhet med departementet legger jeg til grunn at de angjeldende dokumentene (to vitneforklaringer og et avhør av en siktet) ble benyttet av granskingskommisjonen under dets arbeid. Begjæringen om innsyn i etterforskningsdokumentene må etter dette vurderes ut fra reglene i offentlighetsloven. Jeg finner også grunn til å påpeke at det synes å være forutsatt i Justisdepartementets rundskriv G-18 75 at offentlighetslovens regler i prinsippet skal gjelde for granskingskommisjoner, jf. rundskrivet kap. IV punkt 2. I den foreliggende saken er innsynsbegjæringen rettet til Justisdepartementet, som det departement granskingskommisjonen avga sin rapport til.

1.2. Unntak etter bestemmelsen i offentlighetsloven § 5 a første ledd, jf. annet ledd

For så vidt gjelder henvisningen til offentlighetsloven § 5 a, bemerker jeg at det ifølge bestemmelsen er *opplysninger* «som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov» som er unntatt fra offentlighet. Som hovedregel må det gis innsyn i resten av

dokumentet. I departementets brev hit 18. oktober 2004 er det for dokument V/103 henvist til at dette foruten å inneholde «opplysninger» om siktede også inneholder «personlige opplysninger om vitnet selv og andre personer. For dokument X/2 er det uttalt at dette inneholder «opplysninger» om siktede selv og andre personer. Endelig er det for dokument V/85 henvist til at dette omhandler «andre personers forhold».

Departementet har henvist til bestemmelsene om taushetsplikt i straffeprosessloven § 61 og politiloven § 24. Begge bestemmelsene omhandler etter sin ordlyd taushetsplikt for enhver som er ansatt eller utfører arbeid for politiet og påtalemyndigheten. Det kan reises spørsmål om disse bestemmelsene kommer til anvendelse her. Granskingskommisjonens arbeid kan neppe anses som arbeid utført «for politiet og påtalemyndigheten». For departementet og granskingskommisjonen gjelder imidlertid reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven § 13. I likhet med straffeprosessloven § 61 a, er det også en bestemmelse i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 om taushetsplikt om «noens personlige forhold». Det er lagt til grunn at karakteristikken «personlige forhold» i forvaltningsloven knytter seg til opplysninger det er vanlig å ønske å holde for seg selv, jf. bl.a. Justisdepartementets egen veileder til offentlighetsloven (side 57). I veiledningen side 58 er det som eksempler på «personlige forhold» bl.a. vist til fysisk/psykisk helse samt karakter og følelsesliv. Forvaltningsloven § 13 annet ledd første punktum nevner selv eksempler på opplysninger som *normalt* ikke regnes som personlige forhold.

Jeg kan ikke se at departementet i den foreliggende saken har foretatt en vurdering av hvilke opplysninger som er taushetsbelagte og hvilke som ikke er det. Etter gjennomgang av de tre avhørene kan det nok stilles spørsmål ved departementets uttalelse om at dokumentene «i hovedsak» inneholder taushetsbelagte opplysninger.

1.3. Unntak etter offentlighetsloven § 6 nr. 5

Etter offentlighetsloven § 6 nr. 5 kan anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse unntas fra offentlighet. Som det fremgår ovenfor, har departementet i sitt svarbrev hit også avslått innsyn i disse dokumentene ut fra en meroffentlighetsvurdering, og har begrunnet dette med at dokumentene «i all hovedsak» inneholder taushetsbelagte opplysninger. Som ovenfor påpekt, kan det reises spørsmål om dette er en riktig karakteristik. Når offentlighetsloven selv legger opp til at det normalt bare er de taushetsbelagte opplysningene som kan unntas offentlighet, kan det uansett stilles spørsmål om det er grunnlag for å nekte å utvise meroffentlighet med en slik begrunnelse. Meroffentlighet for deler av dokumentene må vurderes.

2. De interne dokumentene fra granskingskommisjonens arbeid – plikt til å vurdere meroffentlighet

Bestemmelsene i offentlighetsloven §§ 5 og 6 omhandler dokumenter som *kan unntas* fra offentlighet. Selv om et dokument kan unntas fra offentlighet etter bestemmelser i loven, følger det av lovens § 2 tredje ledd at forvaltningsorganet «skal vurdere om dokumentet likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis». I foreleggelsesbrevet herfra ble det påpekt at det ikke fremgikk at en slik meroffentlighetsvurdering var foretatt, og det ble stilt spørsmål om årsaken til dette. Departementet har ikke kommentert dette direkte i svarbrevet hit. Dersom det er slik at departementet ikke foretok meroffentlighetsvurdering ved behandlingen av innsynsbejæringen, er dette i strid med bestemmelsen i offentlighetsloven § 2 tredje ledd.

Departementet har etter foreleggelsen herfra foretatt meroffentlighetsvurdering, og har funnet å kunne gi klageren innsyn i de interne notatene. Klageren skal ha fått tilsendt kopi av notatene. Saken gir derfor ikke grunnlag for ytterligere merknader herfra på dette punkt.

Ut fra det jeg foran har fremholdt, må jeg imidlertid be departementet vurdere saken på nytt for så vidt gjelder etterforskningsdokumentene.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utviklingen i saken.»

6.

Innsyn i sak etter statsallmenningsloven

(Sak 2004–1613)

Et allmenningsstyre krevde innsyn i bilagene til allmenningsfondet. Regnskapsføreren for fondet, Statskog SF, avslo kravet under henvisning til at selskapet som statsforetak var unntatt fra forvaltningsloven og offentlighetsloven.

Det var ikke rettslig grunnlag for å kritisere Statskog SFs standpunkt i forhold til forvaltningsloven og offentlighetsloven. Ombudsmannen fant imidlertid at det var knyttet begrunnet tvil til forhold av betydning i saken fordi Statskog SF ikke hadde vurdert om statsallmenningslovens bestemmelser om samarbeid mellom Statskog SF og allmenningsstyret om disponeringen av fondet, i seg selv gav allmenningsstyret en rett til innsyn i regnskapets enkeltheter. Statskog SF vurderte saken på nytt og kom til at allmenningsstyret kunne få innsyn i bilagene.

Lederen for Bruås og Rauå allmenningsstyre klagde til ombudsmannen over at Statskog SF nektet allmenningsstyret innsyn i bilagene til allmenningsfondet for Bruås og Rauå Almenningsstyre. Det gikk frem av den vedlagte korrespondansen at allmen-

ningsstyret i flere år hadde krevd innsyn i bilagene for fondet, og det forelå indikasjoner på en mistillit fra allmenningsstyret mot Statskog i forhold til disponeringen av fondet. Statskog hadde avvist kravet under henvisning til at verken forvaltningsloven eller offentlighetsloven fikk anvendelse for Statskogs føring av regnskap for allmenningsfondet.

I klagen hit viste allmenningsstyret til at statsallmenningsloven 19. juni 1992 nr. 60 § 1–4 fastslår at allmenningsfondet skal disponeres av allmenningsstyret og skogforvaltningen i fellesskap. Det ble også vist til lovens § 1–1 hvor det heter at forvaltningen av skogsdriften i allmenninger skal skje i et «samråd» mellom skogforvaltningen og allmenningsstyret. Videre ble det hevdet at reglene om innsyn som gjaldt før statens skogforvaltning ble organisert som statsforetaket Statskog, fremdeles måtte gjelde.

Klagen ble forelagt Statskog, som i sitt svar fremholdt at selskapets kjernevirksomhet – eiendomsforvaltning og eiendomsutvikling av egen grunn – hovedsakelig er av privatrettslig karakter. Det ble fastholdt at forvaltningsloven og offentlighetsloven bare kommer til anvendelse i de tilfeller hvor foretaket utøver offentlig myndighet. Blant annet ble det vist til «[a]vtale mellom Landbruksdepartementet og Statskog om tjenesteyting vedrørende lovpålagte og ikke lovpålagte oppgaver», og at føring av regnskap for allmenningsfondet i vedlegg 1 til avtalen var definert som en oppgave «av privatrettslig karakter»:

«Det er på denne bakgrunn Statskog SF hevder at Forvaltningsloven og Offentlighetslovens regler om innsyn ikke kommer til anvendelse ved foretakets behandling av forespørsel om innsyn i allmenningsfondets regnskapsbilag.»

Videre viste Statskog til at Landbruksdepartementet ved to tilfeller hadde uttalt seg om betydningen av statsallmenningslovens § 1–4, jf. § 1–1 i forhold til Bruås og Rauås sitt ønske om innsyn i underbilag til allmenningsfondets regnskap:

«Ved det ene tilfellet gjaldt saken forespørsel fra Bruås og Rauå Almenning om å overføre Bruås og Rauå statsallmenning til administrasjon som bygdeallmenning vedrørende skogdrift og virkesrett. Bruås og Rauå Almenning hadde i den forbindelse uttrykt ønske om innsyn i bilag til regnskap for allmenningsfondet. Landbruksdepartementet uttalte seg om dette forhold i brev av 17. januar 2000 (Vedlegg 1), s. 2;

«Allmenningsstyret ønsker innsyn i de enkelte bilag vedrørende bruken av allmenningsfondet.

Det allmenningsstyret har krav på etter loven er utskrift fra regnskapet, jf. sitatet av lovens § 1–4 annet ledd ovenfor. Departementet kan ikke se nødvendigheten av at allmenningsstyret skal gjennomgå de enkelte regnskapsbilag.»

Forholdet ble også vurdert av Landbruksdepartementet i forbindelse med Bruås og Rauå Al-

menning sin klage over bruksregler for statsallmenningen. I sin klage ba allmenningsstyret om å få en tilføyelse i bruksreglenes § 5 lydende;

«Regnskapsbilag (til allmenningsfondet ...) arkiveres i en egen bilagsperm for allmenningen som fremlegges for allmenningsstyret til revisjon 1 mnd før årsmøtet».

Fra Landbruksdepartementets vedtak i nevnte klagesak (vedlegg 2), s. 3 hitsettes;

«Når det gjelder allmenningsstyrets ønske om en tilføyelse til bruksreglenes § 5, vil departementet slutte seg til vurderingene fra Statskog SF. Det er etter lovens § 1–4 Statens skogforvaltning (Statskog) som skal føre regnskap for allmenningsfondet, og som en følge av dette Statskogs revisor som reviderer regnskapet for fondet. Departementet kan derfor ikke se at det er grunnlag for den tilføyelse allmenningsstyret ønsker. ...».

Min avsluttende uttalelse lød slik:

«1. Forståelsen av kravet om innsyn.

Allmenningsloven § 1–4 annet ledd lyder:

«Allmenningens øvrige inntekter knyttet til skogsdriften går inn i et allmenningsfond som disponeres av allmenningsstyret og skogforvaltningen i fellesskap, etter departementets nærmere bestemmelse. Skogforvaltningen fører regnskap for fondet. Utskrift av regnskapet skal hvert år meddeles allmenningsstyret så snart regnskapet er fastsatt.»

Ut fra de dokumenter som er innsendt fra Statskog forstår jeg det slik at allmenningsfondet i hovedsak består av inntektene fra skogsdriften i allmenningen, minus avgiften fra de virkesberettigede, pluss bompenginntekter. Fondet brukes til driften og forvaltningen av skogsressursen, herunder til bygging av skogsbilveger.

Statskog synes å ha tilnærmet seg klagerens krav om innsyn i regnskapsbilagene ut ifra hvilken rettslig status selve arbeidet med føringen av regnskapet har. Slik saken ligger an, synes jeg det er en lite naturlig tilnærming. Det synes klart at klagerens interesse i å få innsyn i bilagene ikke først og fremst er knyttet til de regnskapstekniske disposisjoner – føringen av regnskapet – jf. § 4 annet ledd annet punktum. Den reelle interesse synes å være knyttet til § 4 annet ledds første punktum, nemlig et ønske om innsyn i disponeringen av fondet – hvordan pengene er brukt. Når det henvises til avtalen mellom Landbruksdepartementet og Statskog, og framholdes at disponeringen av allmenningsfondet der er definert som «[o]ffentligrettslig myndighetsutøvelse», mens føringen av regnskapet er definert som en oppgave «av privatrettslig karakter», er det en sontring som – i forhold til klagerens krav om innsyn – vanskelig kan tillegges nevneverdig rettslig betydning. Tvert imot er det i realiteten her spørsmål om innsyn i det

som departementet og Statskog selv har definert som «[o]ffentligrettslig myndighetsutøvelse».

2. Forholdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven

Statskog har til oppgave å forvalte og utvikle skog- og fjelleiendommer som staten eier. I så måte er det ikke tvil om at Statskog faktisk utøver forvaltningsvirksomhet i ordets vide forstand. Det er ikke noe i veien for at de oppgaver som i dag er lagt til Statskog kunne ha vært lagt til et tradisjonelt forvaltningsorgan som et direktorat, eller for den saks skyld til departementet selv. Slik sett må Statskog regnes som et forvaltningsorgan.

Forvaltningsloven og offentlighetsloven har i relasjon til denne saken tilnærmet samme definisjon av lovenes virkeområde. Forvaltningsloven § 1 lyder:

«Loven gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov. Som forvaltningsorgan regnes i denne lov et hvert organ for stat eller kommune. Privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift.»

Om avgrensningen i de tilfeller hvor forvaltningsoppgaver tillegges andre organer enn de tradisjonelle forvaltningsorganer heter det i NOU 2003:30 om ny offentlighetslov side 51:

«Avgrensningen av begrepet forvaltningsorgan reiser vanskelige spørsmål når en virksomhet er organisert som et selvstendig rettssubjekt, for eksempel som aksjeselskap eller stiftelse, og virksomheten samtidig har en organisatorisk eller økonomisk tilknytning til stat eller kommune. Slik offentlighetsloven er praktisert, avgjøres spørsmålet om en virksomhet faller innenfor eller utenfor loven etter en helhetsvurdering. Den rettslige organiseringen er ikke uten videre avgjørende. I utgangspunktet må det vurderes konkret for hvert enkelt selskap om det kan regnes som et forvaltningsorgan. Organisasjonsform er dessuten bare ett av flere momenter. Noen hovedlinjer kan likevel trekkes opp ut fra offentlighetslovens forarbeider, juridisk litteratur, ombudsmanns praksis og forvaltningspraksis.»

Det antas at det er denne læren klageren sikter til når det vises til at Statskog utfører forvaltningsoppgaver for Landbruksdepartementet, og at denne overføringen av oppgaver ikke vedkommer klageren og dennes rettigheter.

Statskog er imidlertid etablert som et statsforetak. Forslaget til omorganisering ble presentert for Stortinget i St.prp. nr. 52 (1991–92), og behandlet av landbrukskomiteen i Innst. S. nr. 158 (1991–92). Stortinget har således vært på det rene med at statens skogforvaltning ville bli organisert som et statsforetak.

Statsforetaksloven § 4 første punktum lyder:

«Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) og lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) gjelder ikke for statsforetak.»

I forbindelse med utarbeidelsen av statsforetaksloven ble det i NOU 1991:8 uttrykkelig pekt på den uklarhet som var knyttet til forvaltningslovens og offentlighetslovens virkeområde i forhold til forvaltningsvirksomhet drevet av selvstendige rettssubjekter, som et statsforetak er, jf. statsforetaksloven § 3. Etter at det ble pekt på læren om en konkret helhetsvurdering, jf. ovenfor, het det:

«Utvalget mener imidlertid at forholdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven bør avklares i lovteksten, og har tatt inn en uttrykkelig bestemmelse om forholdet til disse lovene i utkastet § 4 første punktum som fastslår at forvaltningsloven og offentlighetsloven ikke gjelder for statsforetak.

Det kan tenkes at et statsforetak blir tillagt myndighet til å treffe enkeltvedtak eller å gi forskrifter. Se nærmere punkt 8.12. I den utstrekning dette blir gjort, vil forvaltningsloven gjelde. Dette følger av forvaltningsloven § 1 tredje punktum ...»

Det ble vist til dette i Ot.prp. nr. 32. Forholdet ble ikke kommentert nærmere av lovgiver i Innst. O. nr. 67 (1990–91), men lovens § 4 ble vedtatt slik den var foreslått i NOU 1991:8.

I St.meld. nr. 32 (1997–98) framholdt regjeringen om statsforetaksloven § 4:

«Bestemmelsen innebærer at unntak fra offentlighetsloven er en automatisk følge av etableringen av et statsforetak. Det er altså ikke rettslig grunnlag for å gi offentlighetsloven anvendelse på statsforetak etter en konkret vurdering av arten av foretakets virksomhet og andre relevante momenter. I forhold til offentlighetsloven er det derfor en forskjell mellom statsforetak og andre offentlig eide rettssubjekter, som kan bli ansett som omfattet av offentlighetsloven etter en konkret vurdering, se nærmere kapittel 5.2.1.1 foran. Det er også noe usikkert om offentlighetsloven gjelder i de tilfellene der statsforetaket utøver offentlig myndighet, jf. kapittel 5.2.1.3 foran. I tilknytning til behandlingen av Dok. nr 8:33 (1993–94) har Stortingets justiskomiteé spesielt bedt regjeringen vurdere om det er hensiktsmessig å opprettholde disse forskjellene, jf. Innst. S. nr 155 (1993–94).

...
Dersom unntaket oppheves, jf. forslaget i Dok. nr 8:87 (1994–95), sikres en likebehandling av statsforetak og aksjeselskaper. Offentlighetslovens anvendelse vil i så fall bero på en konkret vurdering av det enkelte selskap, jf. kapittel 5.2.1.1 ovenfor. Selv om dette kan føre til enkelte avgrensingsproblemer, finner Regjeringen at de ovennevnte hensyn tilsier at unntaksbestemmelsen i statsforetaksloven § 4 oppheves.»

Etter dette kan jeg vanskelig legge annet til grunn enn at Statskog ikke faller inn under forvaltningsloven og offentlighetsloven, selv om det driver en virksomhet som etter sin art må anses som tradisjonell forvaltningsvirksomhet. At de samme oppgavene tidligere ble håndtert av et direktorat, fullt underlagt forvaltningsloven og offentlighetsloven, blir da ikke avgjørende.

Jeg legger til at rimeligheten av at statsforetak er gitt en slik særegen posisjon i forhold til andre selvstendige rettssubjekter som utøver forvaltningsvirksomhet kan diskuteres, og har også blitt diskutert. I tillegg til ovenfor nevnte stortingsmelding viser jeg til Arvid Frihagens kritiske bemerkninger i Offentlighetsloven, bind I 1994 på side 123 og 124. Jeg konstaterer også at det i NOU 2003:30 foreslås å oppheve det særskilte unntaket for statsforetak.

I forarbeidene til statsforetaksloven er det vist til at tredje punktum i § 1 i forvaltningsloven og offentlighetsloven vil komme til anvendelse i saker hvor statsforetaket «treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift». Dette ble også lagt til grunn ved opprettelsen av Statskog, jf. sitatet ovenfor fra St.prp. nr. 52. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at de to lovenes bestemmelser på dette punktet skal kunne tolkes utvidende til også å gjelde mer alminnelige forvaltningsmessige disposisjoner. Dette gjelder selv om det dreier seg om offentlige ressurser, og disposisjoner som enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter har en faktisk interesse i. Disponeringen av et allmenningssfond vil neppe falle inn under begrepet enkeltvedtak.

Etter dette har jeg kommet til at jeg vanskelig kan se at det kan rettes rettslig kritikk mot Statskogs standpunkt om at forvaltningsloven og offentlighetsloven ikke kommer til anvendelse på klagerens krav om innsyn i regnskapsbilagene.

3. Innsyn på grunnlag av allmenningsloven?

Som nevnt ovenfor, følger det av allmenningsloven § 1–1 at skogsdriften i statsallmenninger skal forvaltes av Statskog «i samråd med» allmenningsstyrene. Videre følger det av § 1–3 annet ledd annet punktum, at allmenningsstyret «har rett til å få uttale seg i spørsmål av betydning for virkesretten». Endelig følger det som nevnt av § 1–4 at allmenningssfondet skal disponeres av Statskog og allmenningsstyret «i fellesskap».

Fra klagers side er det framholdt at lovens bestemmelser tilsier at det er et krav om enighet mellom Statskog og allmenningsstyret når allmenningssfondet skal disponeres. Om Statskogs synspunkt på bruken av allmenningssfondet heter det i pkt. 10.3 i Statskogs saksbehandlingssystem:

«I følge lovens ordlyd skal allmenningssfondet disponeres i fellesskap mellom Statskog og allmenningsstyret etter departementets nærmere bestemmelse. Departementet har delegert denne

myndigheten til Statskog slik at det er Statskog som i realiteten har myndighet til å bestemme hvordan fondet skal disponeres.

Statskogs avgjørelser kan påklages til SLF etter delegasjonsforskriftens § 2, 2. ledd ...»

Det er ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på klagerens påstand om at allmenningsloven etablerer et krav om enighet mellom Statskog og allmenningssstyret med hensyn til disponeringen av allmenningssfondet. Det avgjørende for meg i denne sammenheng, er at lovens ordlyd gir allmenningssstyrene en klar rett til å få være med og påvirke disponeringen av allmenningssfondet. Jeg viser i så måte også til landbrukskomiteens presisering av samarbeidselementet i lovens § 1–1 i Innst. O. nr. 67 (1991–92) hvor det heter:

«Statsallmenningene forvaltes i dag gjennom et samarbeid mellom de valgte styrer for statsallmenningene og Landbruksdepartementet ved Direktoratet for statens skoger (DSS).

Komiteen foreslår med bakgrunn i ovenstående at dette understrekes i § 1–1 ved at denne endres noe.»

I Ot.prp. nr. 37 var § 1–1 foreslått med slik ordlyd:

«Skogsdriften i statsallmenningene forvaltes og administreres av Statens skogforvaltning, etter retningslinjer gitt av departementet og under slik medinnflytelse fra allmenningssstyret som bestemt i § 1–3»

Etter Stortingets endring ble ordlyden:

«Skogsdriften i statsallmenninger forvaltes av Statens skogforvaltning i samråd med allmenningssstyret etter retningslinjer gitt av departementet, og slik som bestemt i § 1–3.»

Når allmenningssstyret på denne måten er tillagt en klar rett til å få være med og øve innflytelse på disponeringen av allmenningssfondet, kan det synes nærliggende å tolke loven slik at den også gir allmenningssstyret rett til innsyn i den konkrete disponeringen av fondet. Det gir lite sammenheng i regelverket å si at allmenningssstyret har rett til innflytelse, men ikke til å se enkeltheter i disponeringen. Særlig inkonsekvent blir dette når allmenningssstyret kan påklage Statskogs disponering av fondet til departementet, slik det framgår av sitatet ovenfor fra Statskogs saksbehandlingssystem. Det er en lite rimelig lovforståelse at det ikke skulle gis rett til fullt innsyn i regnskapet, herunder regnskapets bilag, og jeg kan vanskelig se hvilke reelle hensyn som tilsier en slik forståelse.

Selv om verken forvaltningsloven eller offentlighetsloven direkte kommer til anvendelse, finner jeg det også naturlig å nevne at dersom myndigheten til å forvalte et allmenningssfond hadde blitt lagt til et annet selvstendig rettssubjekt enn et statsforetak, for eksempel til et statlig eid aksjeselskap, ville arten av

oppgaven og fraværet av privat konkurranse, med overveiende sannsynlighet tilsagt at rettssubjektet, i relasjon til denne oppgaven, ville blitt definert som et forvaltningsorgan. Etter den tradisjonelle lære ville da både forvaltningsloven og offentlighetsloven ha kommet til anvendelse. Jeg minner om at regjeringen i St.meld. nr. 32 (1997–98) inntok det standpunkt at det minst burde være «samme rett til innsyn når det gjelder statsforetak som når det gjelder aksjeselskaper», og at det nå foreligger et utkast til ny offentlighetslov hvor nettopp den spesielle regelen for statsforetak foreslås fjernet.

Statskog har lagt vekt på to brev fra Landbruksdepartementet fra år 2000, jf. sitatene ovenfor. Jeg kan vanskelig se at noen av disse uttalelsene kan være avgjørende for spørsmålet om innsyn i regnskapsbilagene.

I brevet 17. januar 2000 konstaterte departementet at loven gav allmenningsstyret krav på utskrift av regnskapet, og at det ikke kunne se nødvendigheten av mer innsyn. Jeg kan vanskelig se at det rettslig sett er holdepunkter for at allmenningsloven § 1–4 annet ledd tredje punktum verken må – eller bør – tolkes antitetisk. Slik jeg ser det, er det mer i samsvar med lovens gjennomgående understrekning av plikten til samarbeid og reell medinnflytelse, å tolke dette som en bestemmelse om informasjonsplikt for Statskog, og en sikring av en minimumsrettighet for allmenningsstyret. Jeg kan heller ikke se at departementets vurdering av allmenningsstyrets behov for innsyn kan være avgjørende. Åpenhet og innsyn i forhold til forvaltningen av statens verdier er generelt viktig og har en betydning ut over hva som i det enkelte tilfellet må sies å være strengt nødvendig. For eksempel fremmer åpenhet ansvarliggjøring, det gir et viktig bidrag til å motvirke mulige uheldige forhold og ikke minst kan det bidra til å motvirke uheldige spekulasjoner.

Når det gjelder brevet 28. april 2000, gjaldt det et krav om endring av allmenningens bruksregler. I departementets avgjørelse i klagesaken er det lagt vekt på at oppgaven med å føre regnskapet for allmenningfondet er tillagt Statskog og ikke allmenningsstyret, og at det er Statskogs revisor som skal revidere regnskapet. Klagen synes å være oppfattet slik at allmenningsstyret har ønsket å tilta seg disse oppgavene. Slik vedtaket er formulert, kan jeg vanskelig se at det på avgjørende måte tar stilling til at allmenningsstyret, i egenskap av samarbeidspart med hensyn til disponeringen av fondet, ikke skal ha innsyn i enkelthetene i bruken av dette.

Jeg kan ikke se at Statskog har foretatt en selvstendig vurdering av innsynkravet fra Bruås og Rauå Almenning direkte i forhold til bestemmelsen i allmenningsloven § 1–4, jf. § 1–1. På denne bakgrunn finner jeg at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10 annet ledd fjerde punktum. Jeg må derfor be Statskog undergi kravet fra allmen-

ningsstyret i Bruås og Rauå Almenning en ny vurdering i lys av de momenter jeg har trukket fram ovenfor.»

Etter en fornyet vurdering kom Statskog til at allmenningsstyret kunne få innsyn i bilagene.

7.

Innsyn i dokumenter i tjenestemannssak i forsvaret – forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1

(Sak 2004–1655)

Saken gjaldt innsyn i dokumenter som inneholdt opplysninger om at en militær offiser var ilagt tjenstlig reaksjon, og om det umiddelbare grunnlaget for reaksjonen. Dokumentene inneholdt videre bl.a. vedkommendes karakteristikk av hvordan navngitte medoffiserer utførte sitt arbeid.

Slike opplysninger gjelder i utgangspunktet ikke «noens personlige forhold», jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 1, og kan følgelig ikke unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 a.

Forsvarsdepartementet av slo begjæring fra Bergensavisen om innsyn i to brev fra en offiser til departementet. Av brevenes overskrift fremgikk det at de gjaldt offiserens «disiplinærsak». Lovgrunnlaget for avslaget på innsynsbejæringen var offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1, idet dokumentene etter departementets syn inneholdt opplysninger om noens personlige forhold. Til avisa opplyste departementet for øvrig at det var vurdert å utvise meroffentlighet for dokumentene, men at det av hensyn til de involverte personene ikke var funnet «rimelig grunn til å innvilge innsyn».

Bergensavisen klaget avslaget inn for ombudsmannen, som innhentet kopi av de aktuelle dokumentene fra Forsvarsdepartementet. I oversendelsesbrevet uttalte departementet bl.a.:

«Departementet har unntatt brevene fra offentlighet med hjemmel i fvl § 5 a jfr. offl § 13 nr. 1. Det er departementets holdning at brev i en verserende personalsak av denne karakter, underlegges taushetsplikt således at sakene unntas offentlighet etter nevnte hjemmel. Departementet er imidlertid alltid innstilt på å bruke prinsippet om meroffentlighet, og underlegger således enhver henvendelse om innsyn en konkret vurdering. Dette ble også gjort i forhold til Bergensavisens begjæring om innsyn. Departementet fant imidlertid at brev nr 001 og 003, ga uttrykk for forhold i en verserende personalsak mellom avsender og kollegaer/overordnede, og hvor man etter en avveining mellom hensynet til enkeltpersoner og offentliggjøring ikke fant å kunne ta begjæringen om innsyn til følge. Departementet fant heller ikke grunnlag for å utlevere en sladdet versjon av brevene, da dette ville innebære at

brevene nærmest ble innholdsløse, slik klageren selv gir uttrykk for i sitt brev.

Det er fortsatt departementets oppfatning at hensynet til offentlighet i dette tilfellet må stå tilbake for hensynet til enkeltpersoner, og at man således har hjemmel for å unnta de omhandlede brev i sin helhet etter offl § 5 a jfr. fvl § 13 nr. 1.»

Det ble funnet grunn til å undersøke saken herfra, og Forsvarsdepartementet ble bedt om å redegjøre nærmere for hvordan forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 kom til anvendelse på de angjeldende dokumentene. Departementet ble anmodet om å konkret opplyse hvilke opplysninger som etter departementets syn gjaldt «noens personlige forhold», og hvilke personer det var aktuelt å beskytte (avsenderen eller andre). Dersom dokumentene etter departementets syn inneholdt opplysninger om avsenderen som var undergitt taushetsplikt, spurte ombudsmannen om det var vurdert å forelegge innsynsbegjæringen for offiseren, jf. prinsippet i offentlighetsloven § 10. Det ble anmodet om at slik foreleggelse eventuelt ble foretatt.

Forsvarsdepartementet spurte offiserens advokat om offiseren samtykket til at det ble gitt innsyn i dokumentene som etter departementets syn inneholdt taushetsbelagte opplysninger om ham. Advokaten opplyste at hans klient ikke ga slikt samtykke.

I svarbrevet til ombudsmannen uttalte departementet bl.a.:

«Slik departementet ser det er brevenes innhold i dette tilfellet av en slik karakter at de er underlagt taushetsplikt etter fvl § 13 første ledd nr. 1. Dette gjelder både i forhold til avsender og karakteristikk av andre navngitte personer i brevene. Departementet kan således ikke se annet enn at det i dette tilfellet er hjemmel for å unnta opplysningene offentlighet etter offl § 5 a.

[...]
Som meddelt i brevet av 16. april 2004, underlegger departementet enhver henvendelse om innsyn en konkret vurdering. I dette tilfellet er det fortsatt departementets oppfatning at hensynet til offentlighet må stå tilbake for hensynet til enkeltpersoner.»

Partene hadde ikke ytterligere merknader etter dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Offentlighetslovens hovedregel er at «[f]orvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov», jf. § 2 første ledd. Etter lovens §§ 5, 6 og 6 a er det adgang til å unnta visse dokumenter fra offentlighet. § 5 a pålegger forvaltningen plikt til å unnta fra offentlighet opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov.

Taushetsplikt reguleres ikke av offentlighetsloven § 5 a, bestemmelsen gir bare adgang til å unnta opplysninger dersom taushetsplikt følger av andre

bestemmelser. I denne saken har Forsvarsdepartementet vist til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1, som lyder:

«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om:

1) noens personlige forhold».

Begrepet «noens personlige forhold» er uskarpt, og det kan undertiden by på tvil om opplysninger er undergitt taushetsplikt etter bestemmelsen. Generelt kan det sies at begrepet omfatter opplysninger som det er vanlig å ville holde for seg selv, og begrepets innhold vil følgelig ikke ligge fast. Det bemerkes imidlertid at opplysninger om en persons fysiske og psykiske helse mv. er «utpreget personlige», jf. Ot. prp. nr. 3 (1976–77) s. 136, og vil ligge i kjernen av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1.

Taushetsplikten for personlige forhold beskytter også offentlige tjenestemenn i tjenestemannssaker. Det er imidlertid antatt at taushetsplikten for forhold knyttet til vedkommendes arbeid er noe snevrere enn det som ellers gjelder fordi det er av betydning at offentligheten i en viss utstrekning kan gjøre seg kjent med hvordan en tjenestemann utfører sitt arbeid, idet offentlig ansatte skal ivareta allmennhetens interesser i sitt virke, se bl.a. mine synspunkter i saken referert i ombudsmannens årsmelding for 1997 s. 117–120. Synspunktets rekkevidde kan variere noe ut fra hvor tjenestemannen arbeider mv., men gjør seg gjeldende for militære offiserer, slik også Lovavdelingens uttalelse 19. november 1998 i Lovavdelingens sak 98/10047 E.

Opplysning om at en offentlig tjenestemann er ilagt tjenstlig reaksjon og det umiddelbare grunnlaget for reaksjonen, er på denne bakgrunn antatt ikke å være et personlig forhold i forvaltningslovens forstand. Det samme gjelder i utgangspunktet en privat parts karakteristikk av hvordan offentlige tjenestemenn utfører sitt arbeid.

Forsvarsdepartementets dokumenter er gjennomgått og vurdert her i lys av det rettslige utgangspunktet ovenfor. Dokumentene synes i hovedsak å inneholde offiserens syn på «disiplinærsakens» faktiske sider. Videre klager han over navngitte medoffiserers saksfremstilling og saksbehandling. Dokumentene synes med andre ord i hovedsak å omhandle forhold omkring en tjenstlig reaksjon overfor en militær offiser og det umiddelbare grunnlaget for reaksjonen, samt offiserens karakteristikk av hvordan navngitte offiserer utfører sitt arbeid. Jeg kan vanskelig se at dette er opplysninger som er taushetspliktige etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1, jf. ovenfor.

Noen avsnitt under overskriften «Ad As merknader» i det ene brevet inneholder imidlertid helseopplysninger som kan være undergitt taushetsplikt. Offiserens advokat har overfor departementet gitt ut-

trykk for at han ikke ønsker å frigi taushetsbelagt informasjon. Disse opplysningene må således sladdes. Dette bør kunne gjøres ved en eventuell offentliggjøring uten at de resterende delene av dokumentet «alene gir et åpenbart misvisende bilde av innholdet», jf. offentlighetsloven § 5 a annet ledd første punktum.

Bare ut fra de aktuelle dokumentene kan det være vanskelig å få oversikt over og klarhet i hva «disiplinårsaken» dreier seg om, især sakens bakgrunn og reaksjonens innhold. Dette må imidlertid eventuelt avhjelpest på annen måte enn ved å unnta de angjeldende dokumentene fra offentlighet.»

Jeg ba etter dette Forsvarsdepartementet om å vurdere avslaget på Bergensavisens innsynsbegjæring på nytt i lys av mine synspunkter ovenfor, og om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen. Avslutningsvis la jeg til:

«Departementets korrespondanse i saken kan gi inntrykk av at det har vært vurdert å utvise meroffentlighet for opplysninger som etter departementets syn er undergitt taushetsplikt. Jeg antar at dette bare er en uheldig formulering, men for ordens skyld finner jeg grunn til å presisere at offentlighetsloven § 2 tredje ledd pålegger departementet å «vurdere om dokumentet likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis, selv om det etter bestemmelser i loven kan unntas fra offentlighet» (min kursivering). Bestemmelsen retter seg mot §§ 5, 6 og 6 a, som gir adgang til å unnta dokumenter fra offentlighet, jf. ovenfor. Opplysninger undergitt taushetsplikt skal imidlertid unntas fra offentlighet, jf. § 5 a første ledd. Det er følgelig ikke fra forvaltningen anledning til å utvise meroffentlighet for slike opplysninger.»

Etter en ny vurdering ga Forsvarsdepartementet Bergensavisen innsyn i dokumentene, likevel slik at deler av avsnittene under *overskriften* «Ad As merknader» i det ene dokumentet var sladdet.

8.

Lukkede dører i formannskapet – fylkesmannens kontroll med kommunens beslutning

(Sak 2004–1053)

Formannskapet besluttet å utelukke offentligheten fra et budsjettmøte. En avis klaget denne beslutningen inn for fylkesmannen. Fylkesmannen så seg avskåret fra å kunne foreta lovlighetskontroll av denne beslutningen. Fylkesmannen viste til at en slik beslutning er prosessledende. Kommunal- og regionaldepartementet delte fylkesmannens lovforståelse.

Ombudsmannen pekte på de demokrati- og offentlighetshensyn som ligger bak bestemmelsen om møteoffentlighet. Han uttalte at en avgjørelse om å utelukke offentligheten fra et møte i et kommunalt,

folkevalgt organ, utgjør en «endelig avgjørelse» som i prinsippet kan undergis lovlighetskontroll, jf. kommunelovens § 59. Møteoffentlighetsprinsippets sentrale plass i kommuneloven taler for at fylkesmannen er ekstra påpasselig med å lovlighetskontrollere slike avgjørelser.

I forbindelse med budsjettbehandlingen i Farsund kommune, ble det avholdt et drøftingsmøte i formannskapet. Under møtet ble det besluttet å utelukke offentligheten fra møtet, slik at Farsunds Avis ikke fikk anledning til å være tilstede.

Avisen tok opp saken med Fylkesmannen i Vest-Agder. I brev til Farsunds Avis opplyste fylkesmannen at det ikke ville bli foretatt lovlighetskontroll av beslutningen. Det ble vist til at fylkesmannen oppfattet beslutningen om å lukke møtet som en prosessledende avgjørelse som fylkesmannen ikke kunne undergi lovlighetskontroll.

Farsunds Avis klaget hit over lukkingen av formannskapsmøtet og fylkesmannens behandling av saken.

Det ble herfra i første omgang funnet grunn til å undersøke spørsmålet om fylkesmannens adgang til lovlighetskontroll av beslutningen om å lukke formannskapsmøtet. Saken ble forelagt Fylkesmannen i Vest-Agder med anmodning om fylkesmannens kommentarer.

Fylkesmannen i Vest-Agder svarte bl.a.:

«At bare den endelige avgjørelsen – vedtaket som avslutter saken – er gjenstand for lovlighetskontroll, fant Fylkesmannen støtte for i Kommunaldepartementets rundskriv H-2123 av juni 2001 pkt. 4.1.4 første avsnitt. Det kan for øvrig vises til Kommunelovutvalgets innstilling NOU 1990:13 s. 409 første spalte, der det heter: «Det er bare endelige avgjørelser som kan bringes inn for lovlighetskontroll.» Det samme er lagt til grunn i Ot. prp. nr. 42 (1991–92) s. 300. I Overå og Bernt, Kommuneloven med kommentarer (2. utg. 1997) s. 390 pkt. 3 viser forfatterne til at det er endelige vedtak – realitetsvedtak – som kan bringes inn for lovlighetskontroll. I Bernt, Overå og Hove, Kommunalrett (2002) s. 715 heter det, slik Ombudsmannen viser til, at begrepet «avgjørelse» omfatter «alle saker hvor det er tatt endelig standpunkt til saken fra kommunalt organ». Fylkesmannen antar at sistnevnte formulering ut fra sammenhengen må forstås som om det stod «alle saker hvor det er tatt endelig standpunkt til [realiteten] i saken».

Slik Fylkesmannen forstår loven, er det altså «realitetsavgjørelser» som er gjenstand for lovlighetskontroll. Motsetningsvis vil avgjørelser som er fattet som ledd i behandling av en sak, såkalte «prosessledende (eller saksstyrende) avgjørelser», ikke være gjenstand for lovlighetskontroll *isolert sett*. Det vises til rundskriv H-2123 pkt. 4.1.4.3, der dette standpunkt er inntatt. Fylkesmannen la dette til grunn for vurderingen av klagen fra Farsunds Avis.

Fylkesmannen kom [...] til at avgjørelsen om å utelukke offentligheten var en prosessledende

avgjørelse som isolert sett falt utenfor rekkevidden av kommuneloven § 59. En eventuell prøving av avgjørelsen måtte derfor i tilfelle skje som et ledd i prøvingen av lovligheten av selve budsjettvedtaket, jf. vårt brev 6. januar 2004 s. 2 femte avsnitt. Fylkesmannen oppfattet samtidig klagen fra Farsunds Avis å kun gjelde lukkingsvedtaket isolert sett, ikke selve budsjettvedtaket. Ut fra den lovforståelsen det er redegjort for foran, fant Fylkesmannen at det da uansett ikke var aktuelt med en lovlighetskontroll av beslutningen om å lukke møtet. Det ble derfor heller ikke foretatt noen inngående vurdering av om hensynene som ligger til grunn for bestemmelsen om møteoffentlighet i kommuneloven § 31 tilsa at beslutningen burde lovlighetskontrolleres.»

Det ble bedt om Kommunal- og regionaldepartementets merknader til fylkesmannens rettsoppfatning.

Departementet svarte bl.a.:

«Bestemmelsen [i kommuneloven § 59] gjelder kontroll av «avgjørelser». Ved vurderingen av om det er snakk om en «avgjørelse» i kommunelovens forstand, må det være bestemmende hvilke rettsvirkninger denne har. Generelt kan sies at beslutninger som avgjør realiteten i en sak anses som «avgjørelse» i henhold til kommunelovens § 59. Spørsmålet må for øvrig vurderes konkret i den aktuelle saken.

Det er den endelige avgjørelse i saken som er gjenstand for kontroll, dvs. det vedtaket som avslutter saken og som må anses som den materielle avgjørelsen. Avgjørelser fattet som et ledd i behandlingen av en sak, er isolert ikke gjenstand for lovlighetskontroll etter kommuneloven. Slike prosessledende beslutninger tar ikke stilling til realiteten i selve saken. En annen sak er at en lovlighetsklage kan grunnes på at en prosessledende avgjørelse er ulovlig, og således innebære en saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på den endelige avgjørelsen i saken, jf. § 59 nr. 4. En prosessledende beslutning kan imidlertid være gjenstand for lovlighetskontroll i seg selv i de tilfeller den må anses å avslutte saken.

... Kommunelovens kapittel 6 har bestemmelser om hvordan *saksbehandlingen* i folkevalgt organ skal foregå, herunder bestemmelser om møteoffentlighet. Kommuneloven skiller mellom adgang til lukking av et møte i forbindelse med behandling av en konkret sak, og adgang til å gi generelle bestemmelser om lukking av møter. Dette skillet har etter departementets oppfatning betydning ved vurderingen av hva som er en «avgjørelse» i relasjon til kommunelovens §59, og dermed om en beslutning om lukking av møte i folkevalgt organ kan lovlighetskontrolleres *isolert sett*. I førstnevnte tilfeller er det naturlig at vurderingen av om vedtak fattet som ledd i saksbehandlingen er gyldige eller ikke, gjøres i tilknytning til hele sakskomplekset, dvs. i forhold til den endelige / materielle avgjørelsen i saken.

Den klare hovedregel er at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører. Det aktuelle organet skal selv ta stilling til spørsmålet om lukking av møtet. Dette skal gjøres i forbindelse med behandling av *en konkret sak*, jf. kommuneloven § 31 nr. 3. Spørsmålet om lukking er knyttet til om lovens vilkår er oppfylt i forhold til den

saken som behandles. Organet selv kan ikke bestemme at hele møtet som sådan skal lukkes. Spørsmålet om lukking skal vurderes for hver sak. En avgjørelse om lukking av møtet i dette tilfelle er således etter vår oppfatning en prosessledende eller saksforberedende beslutning knyttet til det aktuelle sakskomplekset. Det er den endelige beslutningen knyttet til den aktuelle saken, ikke den prosessuelle beslutningen isolert, som er gjenstand for lovlighetskontroll etter kommunelovens § 59.

... Kommunelovens bestemmelse om møteoffentlighet bygger på viktigheten av å gi allmennheten innsikt i debatt og prosesser i folkevalgte organ. Dette er imidlertid etter vår vurdering ikke en tilstrekkelig og selvstendig grunn for at beslutninger om lukking av møter bør prøves isolert. Bestemmelsen om møteoffentlighet er en saksbehandlingsregel. Det er ikke knyttet generell klagerett til slike regler isolert. Og avgjørelser om å lukke et møte for offentligheten vil som nevnt likevel være gjenstand for kontroll, men som en del av den materielle avgjørelsen.»

I min uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Som så vel Fylkesmannen i Vest-Agder som Kommunal- og regionaldepartementet påpeker i sine brev hit, har fylkesmannen ikke noen alminnelig instruksjons- eller kontrollmyndighet over kommunene. Fylkesmannens kompetanse til å overprøve en beslutning truffet av et kommunalt organ beror på om det i lov særskilt er gitt fylkesmannen slik myndighet.

Etter kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 59 har departementet på visse vilkår adgang til å foreta lovlighetskontroll av avgjørelser fattet av kommunale, folkevalgte organer.

Kommuneloven § 59 nr. 1 og 5 lyder slik:

«1. Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Dette gjelder ikke avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed.

5. Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll.»

Adgangen til å foreta lovlighetskontroll er delegert til fylkesmennene.

Som det fremgår av bestemmelsen, er det et utgangspunkt for lovlighetskontroll at tre medlemmer av kommunestyret forlanger det. I denne situasjonen har fylkesmannen plikt til å foreta lovlighetskontrollen.

Fylkesmannen kan imidlertid etter kommuneloven § 59 nr. 5 på eget initiativ foreta lovlighetskontroll. Ofte vil en slik lovlighetskontroll komme i stand etter at noen av dem som er berørt av beslutningen det bes om lovlighetskontroll av, ber om dette. Det er på sin plass å understreke at fylkesmannen i slike situasjoner ikke har plikt til å foreta lovlighetskontrollen.

hetskontroll av avgjørelsen, i motsetning til det som er tilfellet der særlovgevingen utpeker fylkesmannen til klageinstans for et kommunalt vedtak. Jeg er derfor enig med Kommunal- og regionaldepartementet når det i sitt brev 22. mars 2004 hit fremholder at kommuneloven § 59 ikke hjemler en generell klagerett på kommunale avgjørelser. Jeg har således ingen merknader til at fylkesmannen understreker at det ikke var plikt til å ta klagen fra Farsunds Avis til realitetsbehandling.

2. Fylkesmannen legger imidlertid også til grunn at hun ikke *har adgang* til å foreta lovlighetskontroll av beslutningen om å lukke møtet i formannskapet. Kommunal- og regionaldepartementet er enig i dette.

Synspunktet er begrunnet i at en slik beslutning er prosessledende. Det er særlig vist til Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2123 (juni 2001) pkt. 4.1.4.3, der det bl.a. heter:

«Avgjørelser fattet som et ledd i behandlingen av en sak, for eksempel pålegg om fremleggelse av dokumentasjon, rett til dokumentinnsyn, avgjørelser i spørsmål om inhabilitet, er isolert sett ikke gjenstand for lovlighetskontroll. Disse avgjørelsene, såkalte prosessledende beslutninger, tar ikke stilling til realiteten i selve saken. Det er bare den endelige avgjørelse i saken som er gjenstand for lovlighetskontroll.»

Etter lovens ordlyd er det (bortsett fra avgjørelser i ansettelsessaker) ingen begrensninger i hvilke typer avgjørelser som kan undergis lovlighetskontroll. Kravet om at avgjørelsen må være «endelig», fremkommer imidlertid av lovens forarbeider, jf. NOU 1990:13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner s. 409 og Ot.prp. nr. 42 (1991–92) s. 300. I Ot.prp. nr. 42 heter det således:

«Det er bare endelig avgjørelse som kan bringes inn for lovlighetskontroll, ikke innstillinger avgitt av administrasjonen eller folkevalgt organ. Derimot er det ikke noen betingelse at det er tale om et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.»

Fylkesmannen og departementet synes å sidestille begrepet «endelig avgjørelse» med «realitetsvedtak». Sistnevnte begrep er ikke hentet fra forarbeidene. Kriteriet er for øvrig *ikke* endelig avgjørelse av *saken* som sådan, bare en endelig *avgjørelse*. Siden bruken av begrepet «realitetsvedtak» innbyr til en slutning om at lovlighetskontroll forutsetter at det må foreligge enkeltvedtak, er det uheldig uten videre å sette likhetstegn mellom begrepene «endelig avgjørelse» og «realitetsvedtak». Forarbeidene presiserer uttrykkelig at lovlighetskontroll ikke forutsetter at det foreligger et enkeltvedtak. Den eneste begrensningen som er gjort i forarbeidene, er at *innstillinger* ikke kan undergis lovlighetskontroll. Denne begrensningen antyder at terskelen er lagt forholdsvis lavt.

Endelig avgjørelse må derfor sees i forhold til den type avgjørelse som det er aktuelt å lovlighetskontrollere. Det er klart at så vel et enkeltvedtak som en forskrift utgjør «endelige» vedtak som kan undergis lovlighetskontroll. Imidlertid må også de såkalte prosessledende avgjørelser kunne anses som «endelige» i relasjon til lovlighetskontroll dersom de har en viss selvstendig betydning. I denne sammenheng peker jeg på at også forvaltningsloven anerkjenner enkelte såkalte prosessledende avgjørelser som så sentrale at det er gitt særskilt klageadgang for disse. Således kan et pålegg om å gi opplysninger (jf. § 14), en beslutning om å fremme en granskningsforretning (jf. § 15 siste ledd) og en nektelse av å gi innsyn i dokumenter (jf. § 21 annet ledd) påklages særskilt, uten at det (ennå) foreligger et enkeltvedtak. De synspunktene som ligger til grunn for å innrømme særskilt klagerett i disse situasjonene, tilsier at lovlighetskontroll av en prosessledende avgjørelse i hvert fall ikke kan være utelukket.

Det må i stedet avgjøres på et noe friere grunnlag om det dreier seg om en avgjørelse med en slik karakter at den – så langt den rekker – må anses å være «endelig», uten at det nødvendigvis er tale om en endelig avgjørelse av realiteten i hele saken. Avgjørende må være hvor selvstendig avgjørelsen fremstår, og hvilket reelt behov det er for kontroll av avgjørelsen isolert, løsrevet fra et senere realitetsvedtak. Lovgrunnlaget for den avgjørelsen det bes om lovlighetskontroll av, og hensynene bak dette, vil måtte stå sentralt her.

Bestemmelsen om møteoffentlighet i kommuneloven § 31 er begrunnet i ønsket om å gi allmennheten innsikt i debatten i de folkevalgte organer og samtidig også å styrke borgernes tillit til de politiske beslutningene som senere fattes, generelt og i den enkelte sak. Bernt/Overå/Hove: Kommunalrett (4. utg. 2002) s. 277 sier det slik:

«Den dobbelte målsetningen bak bestemmelsen om åpne dører er på den ene siden å stimulere allmennhetens interesse for kommunale og fylkeskommunale spørsmål, og på den andre å legge forholdene til rette for en viss politisk kontroll med det som foregår, gjennom massemediene og den politiske opinionen. En vesentlig del av dette går tapt hvis hovedtyngden av de kommunale og fylkeskommunale avgjørelser som treffes av folkevalgte organ, skjer på grunnlag av drøftinger bak lukkede dører.»

Prinsippet om møteoffentlighet er således ikke hovedsakelig begrunnet i ønsket om å sikre en best mulig kvalitet på avgjørelsens innhold. Sentralt er det å sikre demokratisk kontroll av hele beslutningsprosessen i den kommunale forvaltningen. Det er for så vidt uten betydning for prinsippet *om* det treffes et vedtak under møtet, eller hvilket innhold dette eventuelt har. Denne saken er et eksempel på nettopp dette: Når Farsunds Avis ønsket å være tilstede under formannskapsmøtet, var det for å kunne informere

avisens lesere om synspunktene det ble gitt uttrykk for ved budsjettbehandlingen.

Av fylkesmannens svar 25. februar 2004 på foreleggelsen herfra fremgår at det etter fylkesmannens oppfatning først er det endelige budsjettvedtaket som eventuelt kan undergis lovlighetskontroll. Jeg forstår videre departementets brev 22. mars 2004 slik at det deler fylkesmannens syn her.

Det synes å stride mot de demokrati- og offentlighetshensyn som ligger bak bestemmelsen om møteoffentlighet, dersom lovlighetskontroll av en beslutning om å utelukke offentligheten fra et møte under budsjettbehandlingen måtte avvende det endelige budsjettvedtaket. Avisens ønske om å kunne referere fra møtet, vil nødvendigvis da bare ha begrenset praktisk verdi. I tillegg vil en anmodning om lovlighetskontroll av hele budsjettvedtaket under ett få en uheldig vid ramme i forhold til det reelle klagegrunnlaget; spørsmålet om møteoffentlighet.

Jeg kan derfor ikke se saken annerledes enn at en avgjørelse om å utelukke offentligheten fra et møte i kommunalt, folkevalgt organ, utgjør en «endelig avgjørelse» som i prinsippet kan undergis lovlighetskontroll. Dette styrkes av det forhold at det ikke er adgang til å anvende en ordinær forvaltningsklage mot en avgjørelse om å gjøre unntak fra hovedregelen om møteoffentlighet, noe som står i kontrast til avgjørelser om unntak fra partsoffentlighet og dokumentoffentlighet, som begge kan påklages (jf. henholdsvis forvaltningsloven § 21 annet ledd og offentlighetsloven § 9 tredje ledd). Fylkesmannens lovlighetskontroll av kommunenes praktisering av møteoffentlighetsreglene blir derfor desto viktigere. Jeg nevner i denne sammenheng at jeg ikke er kjent med at andre fylkesmenn har trukket i tvil sin kompetanse til å utøve lovlighetskontroll av en kommunes avgjørelse.

Så sentralt som prinsippet om møteoffentlighet står i kommuneloven, må det også sies å være god grunn for fylkesmannen til å være ekstra påpasselig med å utøve lovlighetskontroll av slike avgjørelser. Erfaringen har vist at kommunene i mange tilfeller har utvist stor kreativitet for å omgå møteoffentlighetsregelen ved å velge andre møteformer enn de loven gir anvisning på. Jeg nevner i denne forbindelse at det i 1997 ble ansett nødvendig å foreta en innstramming av unntaksregelen i kommuneloven § 31 nr. 5 for å hindre det man oppfattet som en illojal bruk av denne.

På denne bakgrunn ber jeg om at Kommunal- og regionaldepartementet tar sitt standpunkt opp til ny vurdering. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av departementets vurdering».

Ombudsmannen ba dessuten fylkesmannen på nytt ta stilling til om det var grunn til å utøve lovlighetskontroll av beslutningen om å lukke møtet.

Fylkesmannen foretok deretter lovlighetskontroll og konkluderte med at beslutningen om å lukke for-

mannskapsmøtet var ugyldig etter kommuneloven § 31.

Etter å ha vurdert saken på nytt, ga departementet uttrykk for at det fastholdt sin rettsoppfatning. Departementet uttalte imidlertid også at det så at det kunne være behov for en nærmere vurdering av om det bør være adgang til å påklage enkelte typer prosessuelle avgjørelser, eksempelvis beslutninger om å lukke allmennheten ute fra møte i folkevalgt organ. Departementet ville vurdere dette i forbindelse med en pågående lovutredning vedrørende enkelte spørsmål knyttet til kommunelovens bestemmelser. Departementet opplyste også at det i eget brev hadde anmodet Fylkesmannen i Vest-Agder om å se nærmere på om den praksis som var utviklet i Farsund kommune var fullt ut i samsvar med kommuneloven § 31, samt veilede kommunen i bruk av regelverket.

9.

Møteoffentlighet i formannskapet i Kragerø kommune

(Sak 2004–3207)

Formannskapet i Kragerø kommune avholdt møte for lukkede dører, der den fremtidige skolestrukturen i kommunen skulle drøftes. Rådmannen ønsket, som ledd i den interne saksbehandlingen, å konsultere formannskapet vedrørende foreløpige beregninger fra Telemarksforskning. Telemarksavisa brakte saken inn for ombudsmannen og viste blant annet til at temaet for møtet var av stor allmenn interesse.

I følge kommuneloven § 31 nr. 1 er hovedregelen at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører. Ombudsmannen uttalte at slik saken var opplyst forelå ikke «tungtveiende offentlige interesser» som tilsa at det skulle være rettslig adgang til å behandle saken for lukkede dører, jf. paragrafens nr. 3. Det ble blant annet vist til at møteoffentlighet er en viktig del av kommunedemokratiet og at listen må legges høyt når det vurderes om det foreligger slike tungtveiende offentlige interesser at dørene bør lukkes ved behandlingen av en sak. Det var ikke tydeliggjort hvilke skadevirkninger det eventuelt ville medført dersom møtet hadde vært holdt for åpne dører. Temaet for det aktuelle formannskapsmøtet måtte antas å være en sak av stor allmenn interesse i kommunen, noe som også tilsa at møtet ble holdt for åpne dører.

Det ble avholdt et møte i formannskapet i Kragerø kommune, hvor temaet var den fremtidige skolestrukturen i kommunen. Rådmannen ønsket, som ledd i den interne saksbehandlingen, å konsultere formannskapet vedrørende foreløpige beregninger fra Telemarksforskning. Det ble vedtatt å holde møtet for lukkede dører. Vedtaket ble påklaget av Telemarksavisa.

Fylkesmannen i Telemark uttalte i brev til avisa

at han ikke fant grunnlag for kritikk av formannskapets beslutning om å lukke møtet. Fylkesmannen bemerket likevel avslutningsvis at «kommunen i slike saker beveger seg snublende nær de situasjoner hvor det i realiteten er hensynet til politikernes og organisasjonens bekvemmelighet som blir avgjørende for spørsmålet om åpne eller lukkede møter».

Telemarksavisa brakte saken inn for ombudsmannen og viste blant annet til at temaet som skulle drøftes på møtet, var av stor allmenn interesse. Den fremtidige skolestrukturen i kommunen vil være viktig for mange av kommunens innbyggere. Avisa kunne ikke se hvilke skadevirkninger det hadde hatt om møtet hadde vært holdt for åpne dører. At det var en foreløpig rapport som skulle fremlegges, var etter avisas mening ikke tilstrekkelig grunn til å lukke møtet.

Ombudsmannen ba om kommentarer fra Fylkesmannen i Telemark. I sin uttalelse til avisa hadde fylkesmannen anvendt kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 31 nr. 3, som oppstiller som vilkår for å lukke et møte i folkevalgte organer at tungtveiende private eller offentlige interesser tilsier dette. Fylkesmannen ble herfra blant annet anmodet om å redegjøre nærmere for sin vurdering av at det forelå tungtveiende offentlige interesser som begrunnelse for lukking av møtet i formannskapet. Herunder ble det bedt om en redegjørelse for fylkesmannens utsagn om at rådmannen vurderte det som «uheldig for kommunen som samfunn» om møtet ble åpnet, da dette ikke fremgikk av rådmannens uttalelse. Det ble også anmodet om en redegjørelse for hvilke skadevirkninger fylkesmannen anså ville kunne oppstått hvis møtet hadde vært offentlig.

Fylkesmannen uttalte følgende i sitt svar til ombudsmannen:

«Kravet om «tungtveiende private eller offentlige interesser» i kommuneloven § 31 nr. 3.

Fylkesmannen har i sin avgjørelse av 16.06.03 lagt avgjørende vekt på at kommunen har sannsynliggjort at det ikke er interne, bekvemmelighetsorienterte hensyn som ligger bak beslutningen om lukkede dører. Det er i denne sammenheng uttrykket «hensyn til kommunen som samfunn» er brukt. Dette er ikke direkte uttalt i kommunens saksframstilling. Det framgår imidlertid av sammenhengen at det ikke er bekvemmelighetshensyn som har styrt beslutningen. Kommunen har i sin redegjørelse vist at saksgangen legger til rette for åpenhet og medvirkning også før saken kommer fram til politisk behandling. Prosessen er omfattende, både administrativt og politisk, og i all hovedsak åpen.

Det omtalte møtet i formannskapet 25.03.03 var ledd i den interne og utredende del av saksbehandlingen og direkte knyttet til et ennå ikke ferdig utarbeidet internt dokument. Møtet skulle ikke utgjøre formannskapets ordinære behandling av saken. Dette skulle skje langt senere. Møtet skulle gi uformelle tilbakemeldinger på en rapport som var foreløpig, ufullstendig og ikke kvalitetssikret. Rapporten skulle deretter legges

ut til offentlig ettersyn og så bli gjenstand for en grundig og åpen politisk behandling. Kommunen har vurdert det som uheldig å offentliggjøre bruddstykker av foreløpige beregninger basert på ufullstendige og ikke kvalitetssikrede tall. Den offentlige og åpne prosessen som skolestruktur-saken i Kragerø har vært gjenstand for, forutsetter et godt fundert og etterrettelig saksgrunnlag. Den foreløpige rapporten var ikke egnet til dette, og ville kunne vanskeliggjøre en åpen og konstruktiv prosess mot en samfunnsmessig akseptabel løsning. Fylkesmannen har ikke hatt avgjørende innvendinger mot dette.

Fylkesmannen avsluttet sitt brev av 16.06.03 med å gjøre oppmerksom på at kommunen i denne saken beveget seg snublende nær de situasjoner hvor det i realiteten er hensynet til politikernes og organisasjonens bekvemmelighet som avgjør spørsmålet om åpne eller lukkede dører. Fylkesmannen ga på denne måten uttrykk for en viss tvil i saken. Etter en totalvurdering fant vi det imidlertid riktig å akseptere formannskapets beslutning om å lukke dørene.

Hjemmelsbruken.

Formannskapets beslutning er kun vurdert i forhold til kommuneloven § 31 nr. 3. Kommunestyret har ikke gjort vedtak etter nr. 4 eller 5. Det er heller ikke tvil om at møtet 25.03.03 ble oppfattet som et formannskapsmøte, selv om formannskapet opptrådte som referansegruppe. Det er ingen ting i saksframstillingen som skulle tilsa i møtet ble oppfattet som noe annet enn et møte i et folkevalgt organ.»

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».

Som også lagt til grunn av fylkesmannen, kan det ikke være tvilsomt at det aktuelle formannskapsmøtet 25. mars 2003 i Kragerø kommune var å anse som et møte i et folkevalgt organ i kommunelovens forstand og således som utgangspunkt omfattet av lovens hovedregel om at møtene skal være åpne.

Kommuneloven har i § 31 nr. 3 bestemmelse om unntak fra lovens hovedregel. Det heter her blant annet:

«Et folkevalgt organ kan vedta å behandle en sak for lukkede dører hvor hensynet til personvern eller andre tungtveiende private eller offentlige interesser tilsier dette. ...»

Spørsmålet i saken er om «tungtveiende offentlige interesser» tilsa å behandle saken for lukkede dører.

Møteoffentlighet er en viktig del av kommunedemokratiet. Bakgrunnen for kommunelovens hovedregel om åpne møter er blant annet et ønske om å gi allmennheten innsikt i debatten i de folkevalgte organer og samtidig også styrke borgernes tillit til de politiske beslutninger som senere fattes. Møteoffentlighet gir uttrykk for et alminnelig prinsipp og ut-

gangspunkt og et unntak krever særskilt hjemmel, vedtak og begrunnelse. I Ot.prp nr. 42 (1991–92) s. 283 understrekes at § 31 nr. 3 er ment som en unntaksbestemmelse og i NOU 1990: 13 påpekes på s. 374:

«Offentlige interesser som anføres som grunnlag for lukking av dørene, må selvsagt være saklige, legitime og almene offentlige interesser, og ikke hensyn til politisk bekvemmelighet eller ønske om å beskytte seg mot kritikk. Begrunnelsen for lukking vil typisk knytte seg til forretningsmessige forhold, men det kan være spørsmål om å søke å skjerme for eksempel opplysninger om offentlige kontroll- eller inspeksjonsrutiner.»

Jeg har tidligere uttalt at listen skal legges høyt når det vurderes om det i en sak foreligger slike tungtveiende offentlige interesser at dørene bør lukkes ved behandlingen av en sak, jf. for eksempel sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1995 s. 94. Det må således stilles strenge krav til styrken av de hensyn som anføres som begrunnelse for lukking på dette grunnlaget. Se også Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt: Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107, 3. utgave s. 233.

Tema for formannskapsmøtet 25. mars 2003 var skolestrukturen i Kragerø kommune. Dette må antas å være en sak av stor allmenn interesse i kommunen, noe som tilsa at møtet ble holdt for åpne dører. At formannskapet i dette tilfellet var tildelt rollen som «referansegruppe», som skulle vurdere en foreløpig og usikker forskningsrapport, kan ikke tilsa en annen vurdering. Det alene at en rapport er beheftet med usikkerhet, tilsier ikke at møtet der rapporten drøftes skal lukkes. Det er ikke uvanlig at saker som behandles i folkevalgte organer, for eksempel budsjett-saker, er beheftet med atskillig usikkerhet. Denne usikkerheten inngår i den politiske drøftelsen som offentligheten har et legitimt behov for å ha innsyn i. Det relevante vurderingstema må være om det var noe i den foreløpige rapporten som det knyttet seg tungtveiende offentlige interesser til å holde skjult for offentligheten. Det kan også her vises til min uttalelse inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1995 s. 94.

Jeg kan ikke se at det fra kommunen eller fylkesmannen er tydeliggjort hvilke skadevirkninger det eventuelt skulle medført dersom det aktuelle møtet i formannskapet hadde vært holdt for åpne dører. Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at det forelå tungtveiende offentlige interesser som tilsa at det var rettslig adgang til å holde møtet 25. mars 2003 i formannskapet for lukkede dører, jf. kommuneloven § 31 nr. 3.

Fylkesmannen bes se på saken på nytt i lys av den rettsoppfatning jeg her har gitt uttrykk for. Jeg ber om å bli orientert om hva fylkesmannen finner grunn til å foreta seg overfor Kragerø kommune.»

10.

Partsinnsyn i tilsetjings sak – nedteikning av opplysninger

(Sak 2004–1630)

A fekk avslag av fylkesmannen på krav om innsyn i opplysningar i ei sak om tilsetjing i X fylkeskommune, med den grunngeving at det var tale om vurderingar som A ikkje hadde krav på å få gjere seg kjend med, jf. forskrift om partsinnsyn i saker om tilsetjing i den offentlege forvaltninga (partsinnsynsforskrifta) § 3 bokstav c.

Ombodsmannen uttalte at fylkesmannen skulle ha tatt initiativ til å få opplysningane nedteikna, og på det viset skaffe seg grunnlag for å vurdere klagen. Han kunne ikkje sjå at saka hadde vore godt nok opplyst då fylkesmannen fatta vedtak i klagesaka. Omsynet til kontradiksjon for viktige opplysningar knytta til om søkjaren var eigna til stillinga tilsa at spørsmålet om partsinnsyn skulle ha vore handsama sær grundig. Ombodsmannen ba fylkesmannen syte for at opplysningane no blei nedteikna, og at det blei vurdert om A burde få ei orsaking eller om noko anna kunne gjerast for å bøte på den urett som syntest å vere gjort mot han.

A søkte på fleire stillingar som psykologspesialist i ein fylkeskommune. Han vart innkalla til møte i fylkeskommunen der han, etter det som går fram, blei informert om at han ikkje var personleg eigna til – i første omgang – ei av stillingane. Seinare framkom det at han heller ikkje var vurdert som eigna til nokon av dei andre stillingane. A ba om innsyn i dei opplysningane som var gitt om han, og som danna grunnlaget for at han blei vurdert som ueigna, jf. partsinnsynsforskrifta § 3. Kravet blei avslått, sist ved vedtak frå fylkesmannen.

I klagen til ombodsmannen meinte A at kravet om innsyn retta seg mot opplysningar og ikkje vurderingar, jf. § 3 i forskrifta. Subsidiært vart det hevda at opplysningane ikkje blei gitt av klagaren sin noverande eller tidlegare oppdragsgivar, og at dei heller ikkje var gitt av personar som han hadde hatt nær fagleg kontakt med. Det var heller ikkje tale om eit slikt særleg tilfelle at parten kunne nektast innsyn i opplysningane etter unnataket i forskrifta § 3 c. Det blei vist til at saka var graverande fordi A i realiteten hadde fått eit yrkesforbod i fylkeskommunen.

I brev til fylkesmannen vart det vist til at det ut frå dokumenta syntest som om dei aktuelle opplysningane om klagaren blei gjevne munnleg, og at dei ikkje blei nedteikna i samband med tilsetjingsprosessen. Vidare blei fylkesmannen beden om å gjere nærare greie for på kva måte han hadde gjort seg kjend med opplysningane det var tale om, dvs. kva faktisk grunnlag fylkesmannen hadde for å kome til at opplysningane var av ein slik art at dei fall inn under unnataket i partsinnsynsforskrifta § 3 bokstav c. Det blei òg bede opplyst om fylkesmannen hadde teke noko initiativ til å få opplysningane nedteikna, el-

ler om fylkesmannen sjølv hadde teke kontakt med arbeidsplassen til A for å få avklara det konkrete innhaldet i opplysningane. Fylkesmannen blei og beden om å utdjupe sitt syn på kva som låg til grunn for vurderinga av klagaren som personleg uskikka.

Fylkesmannen svarte at vedtaket blei gjort på bakgrunn av dei skriftlege saksdokumenta som blei oversendt frå fylkeskommunen. I dokumenta gjekk det fram at A hadde manglande evne til å inngå samarbeidsrelasjonar, og at han blei vurdert til ikkje i tilstrekkeleg grad å ha dei personlege kvalifikasjonane stillinga kravde. Det gjekk fram av dokumenta at dette var oppfatningar og vurderingar som var etablert på grunnlag av samarbeid over tid, og ikkje som resultat av nokre få hendingar. Opplysningane hadde ikkje blitt nedteikna skriftleg av fylkeskommunen. Fylkesmannen hadde heller ikkje tatt initiativ til å få opplysningane nedteikna, men hadde i vedtaket presisert overfor fylkeskommunen at opplysningane som blei gitt av tillitsvalde og verneombodet burde ha vore nedteikna.

A kom tilbake til saka og viste mellom anna til at den som hadde formidla opplysningane til dei ansvarlege for tilsetjingsprosessen, berre hadde vore konstituert i stillinga i nokre få veker. Han hadde eit par veker tidlegare òg fått attest frå den dåverande leiaren, som ynskte han i stillinga. Det same hadde ein avdelingsleiar gjort. Fylkeskommunen hadde heller ikkje tatt kontakt med den personen som A hadde arbeidd mest saman med. Fylkeskommunen si forklaring på dette hadde vore at personen hadde slutta, noko klagaren meinte var merkeleg då dei oppfatningane og vurderingane som var gjort av han var «etablert på grunnlag av samarbeid over tid og ikke er resultatet av noen få hendelser.» Det vart òg synt til at det var uklart om og korleis saka var tatt opp med tidlegare styrar eller med avdelingsleiaren, som båd hadde gjeve uttrykk for at dei ynskte klagaren i ei av dei utlyste stillingane.

I brev herifrå til fylkesmannen blei det vist til at fylkesmannen i svarbrevet hadde referert til fylkeskommunen sine kommentarar til ombodsmannen sine spørsmål. Brevet herifrå tok derimot sikte på å avklare fylkesmannen sitt syn på dei tilhøva som låg til grunn for karakteristikken av klagaren som personleg uskikka. Spørsmålet var om fylkesmannen hadde gjort eigne undersøkingar for å finne ut om opplysningane om klagaren var av ein slik art at dei fall inn under unntaket i § 3 bokstav c i forskrifta. Det blei vist til at spørsmåla herifrå retta seg mot opplysningane og tilhøva som låg til grunn for karakteristikken av klagaren som personleg uskikka som følgje av samarbeidsrelasjonane – nærare bestemt om fylkesmannen meinte dei konkrete opplysningane som konklusjonen bygde på var faktiske opplysningar eller vurderingar. Dersom fylkesmannen ikkje hadde gjort eigne undersøkingar, blei det bede om ei nærare utgreiing om det rettslege grunnlaget for at fylkesmannen bygde vedtaket sitt på konklusjonen til fylkeskommunen. Det blei òg bede

om ei vurdering av denne måten å gå fram på i lys av fylkesmannen si oppgåve som klageinstans.

Fylkesmannen presiserte at vedtaket blei gjort på bakgrunn av dei dokumenta som vart oversende frå fylkeskommunen i samband med klagesaka. Fylkesmannen hadde ikkje gjort eigne undersøkingar i samband med handsaminga av klagen, men han heldt fast ved at saka hadde vore godt nok opplyst til at fylkesmannen kunne fatte sitt vedtak.

I mi avsluttande fråsegn uttalte eg:

«1. Forvaltninga har ei alminneleg og sjølvstendig plikt til å syte for at ei sak er godt nok opplyst før det vert fatta vedtak. Eit viktig instrument for å sikre god nok opplysning av saka, er at dei involverte partane får høve til å korrigere opplysningar om det faktiske grunnlaget vedtaket skal byggjast på, jf. forvaltningslova 10. februar 1967 § 17 fyrste og andre ledd. Denne alminnelege plikta til å leggje fram opplysningar for parten gjeld generelt, òg i saker om tilsetjing i den offentlege forvaltninga. Enkelte unntak følger likevel av partsinnsynsforskrifta. Forskrifta sitt utgangspunkt er at søkjaren har rett til å gjere seg kjend med dei delane av eit dokument som inneheld opplysningar (faktiske opplysningar og vurderingar) om parten sjølv. I § 3 bokstav c i forskrifta går det fram at unntaket gjeld for vurderingar som er gjort eller gjeve av noverande eller tidlegare oppdragsgjevar eller i særlege tilfelle av person som parten har hatt «nær yrkesmessig kontakt» med.

2. Det følger som nemnt av forvaltningslova § 17 andre ledd at forvaltningsorganet i utgangspunktet skal gjera parten kjent med nye opplysningar som organet mottar under handsaminga av ei sak. Dette krev normalt at opplysningane må skrivast ned. God forvaltningsskikk og omsynet til i ettertid å kunne kontrollera kva som har vore sagt og gjort, tilseier òg at innhenta opplysningar om søkjarar vert skrivne ned, uavhengig av om søkjarane har krav på innsyn. Dersom dette ikkje vert gjort, er det uråd for andre å kontrollera om det som har vore sagt, er undergitt partsinnsyn. Det at eit tilsetjingsvedtak normalt ikkje treng grunngeving, gjer òg at ein bør vere særleg nøye med å protokollera det faktiske grunnlaget for vedtaket.

3. Det er fylkesmannen si stadfesting av avslaget frå fylkeskommunen på krav om innsyn, som har vore gjenstand for undersøking herifrå. Spørsmålet er om A skulle ha fått innsyn i dei opplysningane som var innhenta om han til bruk i tilsetjingssaka.

4. Som det går fram av brevet herifrå til fylkesmannen, har eg vore opptatt av om fylkesmannen hadde eit godt nok grunnlag for å vurdere om dei opplysningane og omstenda elles som låg til grunn for at klagaren blei vurdert til ikkje å ha dei personlege kvalifikasjonane som var naudsynte, var faktiske opplysningar eller vurderingar, jf. § 3 i forskrifta. Opplysningane frå X vart gjevne munnleg og fylkeskommunen fekk dei ikkje nedteikna. Etter mi under-

søking av saka har det òg kome fram at heller ikkje fylkesmannen gjorde noko for å få opplysningane nedskrivne før vedtaket.

5. Fylkesmannen har i brev hit opplyst at vedtaket blei fatta på bakgrunn av dokumenta i saka. Ved ein gjennomgang av dei dokumenta som låg føre for fylkesmannen ved handsaminga av klagen, finn eg at klagaren sine personlege kvalifikasjonar i hovudsak er omtala i fylkeskommunen sitt avslag på kravet om innsyn og i eit påfølgjande brev frå fylkeskommunen til klagaren sin advokat. I vedtaket er det såleis vist til at klagaren etter eit intervju blei informert om at han ikkje i tilstrekkeleg grad blei vurdert å ha «den personlege eignetheten» som tiltaka/institusjonane trong, og at opplysningane som låg til grunn for denne vurderinga var gjeve av tilsette ved X der han var engasjert. I brevet frå fylkeskommunen fekk advokaten opplyst at:

«Vurderingar av Deres klients eignethet for stillingane er fremsatt muntlig til leder B fra og på initiativ fra de tillitsvalgte for Kommuneforbundet og Y. Vurderingane er tiltrådt av 2 verneombud ved X.»

I innstillinga i saka om tilsetjing heiter det mellom anna:

«Etter ei samla vurdering og etter informasjon som framkom i tilknytning til og i intervjuet, blei to søkjarar vurdert til å ikkje i tilstrekkelig grad framvise den nødvendige personlege egnethet i forhold til dei menneskelege kvalitetane institusjonane/tiltaka krev. Dette gjeld A og ...».

Ut over det eg her har nemnt, kan eg ikkje sjå at dokumenta i saka gjev ytterlegare opplysningar om kva som låg bak fylkeskommunen si vurdering av klagaren som ikkje personleg eigna til psykologstillingane.

6. Fylkesmannen skriv på side to i vedtaket om kva klagesaka der gjaldt:

«I denne saken har klager blitt opplyst om at han ikke innehar personlig egnethet til å besette de ledige psykologstillingene i fylkeskommunen. Det blir vist til at det er innhentet opplysninger som karakteriserer at klager har manglende evne til å inngå samarbeidsrelasjoner.»

Fylkesmannen konkluderte med at dei innhenta opplysningane som er nemnt i sitatet, var vurderingar som parten ikkje hadde krav på innsyn i, jf. § 3 bokstrav c i forskrifta. Problemet, slik eg ser det, er at fylkesmannen før vedtaket vart fatta ikkje gjorde noko for å få greie på innhaldet i opplysningane om klagaren sine manglande samarbeidsevner. Slik saka er opplyst må eg leggja til grunn at fylkesmannen ikkje hadde andre haldepunkt for å konkludera med at opplysningane om klagaren var vurderingar, enn dei eg har nemnt i punkt 5 ovanfor. Eg kan vanskeleg sjå korleis fylkesmannen på bakgrunn av det som der går fram, kunne konkludere med at dei aktuelle opplysningane var vurderingar og ikkje (eventuelt delvis) faktiske opplysningar som klagaren skal ha vore

gitt innsyn i. Eg meiner difor at saka ikkje var godt nok opplyst på det tidspunkt fylkesmannen fatta vedtak i klagesaka. Forholdet må kritiserast. Fylkesmannen hadde etter mi meining ikkje grunnlag for å ta stilling til klagen, slik saka var opplyst. Etter mi meining skulle fylkesmannen ha tatt initiativ til å få opplysningane nedteikna, og på det viset ha skaffa seg det naudsynte grunnlaget for å vurdere klagen. Det er ei alvorleg sak for klagaren å bli vurdert som ueigna til fleire stillingar der han – etter det opplyste – fyller dei formelle krava til kvalifikasjonar. Alvovert vert understreka når fylkeskommunen etter det opplyste er den største arbeids- og oppdragsgjevaren for psykologar i fylket. Omsynet til å klargjere om det er naudsynt med kontradiksjon tilseier at spørsmålet om partsinnsyn skulle ha vore handsama sær grundig.

7. Generelle karakteristikkar av faglege eller personlege evner vil normalt vere vurderingar. Utsegn om at ein person til dømes er iherdig eller lat, samarbeidsvillig eller vanskeleg å omgå, vil såleis som regel vere vurderingar som er unntatt partsinnsyn. I dei tilfelle der karakteristikken byggjer på konkrete hendingar, kan det likevel vere at informasjonen er faktiske opplysningar, som ikkje er unntatt frå partsinnsyn. Slik saka er opplyst hadde fylkesmannen etter mi meining ikkje eit godt nok grunnlag til å konkludere slik han gjorde i saka her. Det er dessutan slik at sjølv om det er heimel til å nekte ein part innsyn i vurderingar, er det ingen plikt til å gjere det.

8. Som vedlegg til svarbrev hit frå fylkesmannen fylgde kopi av eit brev frå fylkeskommunen sin advokat til fylkesmannen. Brevet er skriva etter at fylkesmannen handsama saka. I brevet blei det gjort nærare greie for opplysningane om klagaren. Eg syner til det som går fram om dette i fyste avsnitt på side 2 i brevet. Desse opplysningane har klagaren no fått innsyn i. Framleis manglar det likevel skriftleg nedteikning av opplysningane slik dei blei sett fram. På bakgrunn av det eg har konkludert med i punkt 6 ovanfor, må eg be om at fylkesmannen syt for at fylkeskommunen får opplysningane nedteikna. Dersom brevet fullt ut er dekkjande for det som blei formidla frå X til dei ansvarlege for tilsetjingsprosessen, bør klagaren få ei stadfesting av det.

Eg ber òg om at det vert vurdert om klagaren bør få ei orsaking eller om det kan vere noko som kan gjerast for å bøte på den urett som synes å vere gjort mot klagaren.»

11.

Partsinnsyn i tilsettingssak – rett til å få tilsendt kopi av søknad

(Sak 2004–2542)

En søker som verken ble tilsatt eller innstilt til en stilling som personalsjef i en kommune anmodet om å få tilsendt kopi av den tilsattes søknad med ved-

legg. Kommunen avslo anmodningen, og ga uttrykk for at søkeren eventuelt kunne få lese gjennom søknaden dersom han møtte opp i kommunen.

Ombudsmannen kritiserte kommunens avslag og uttalte at en part som ber om det i utgangspunktet har en ubetinget rett til å få kopi av dokumenter som han har rett til innsyn i, jf. forvaltningsloven § 20 annet ledd første punktum.

A søkte en ledig stilling som personalsjef i en kommune. Kommunen avholdt intervjurunde med 7 av de 51 søkerne til stillingen og tilsatte deretter B som ny personalsjef. A ble verken innkalt til intervju eller innstilt til stillingen.

A ba om å få tilsendt kopi av den tilsattes søknad med vedlegg. Kommunen avslo anmodningen, og ga uttrykk for at det var lite sannsynlig at A, selv om han var part i saken, hadde innsynsrett i de aktuelle dokumentene. Kommunen uttalte likevel at det var mulig at A ville bli gitt anledning til å lese gjennom søknaden dersom han møtte opp i kommunen og krevde innsyn.

A henvendte seg etter dette på nytt til kommunen og anførte at han som søker til stillingen hadde rett til innsyn i den tilsattes søknad med vedlegg, og at retten til innsyn også ga ham rett til å få tilsendt kopi av dokumentene. Han viste i denne forbindelse bl.a. til forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetning i den offentlige forvaltning 21. november 1980 nr. 13 § 4. Kommunen fastholdt sitt avslag og uttalte bl.a. følgende om bestemmelsen i forskriften § 4:

«'Å gjøre seg kjent med' betyr ikke nødvendigvis at man skal få kopi av søknaden, men man kan få lese den. Derfor, som jeg har sagt tidligere, du vil sannsynligvis få anledning til å lese søknaden med vedlegg, dersom du kommer her på kontoret, etter evt. nærmere avtale.»

A klaget til ombudsmannen over kommunens avslag på å sende ham kopi av den tilsattes søknad med vedlegg. Det ble besluttet å undersøke saken nærmere og kommunen ble bedt om å redegjøre for det rettslige grunnlag for å avslå klagers anmodning. I denne forbindelse ble det vist til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 20 og en uttalelse om den samme rettslige problemstillingen i ombudsmannens årsmelding for 1994 side 81–84.

I kommunens svar het det bl.a. følgende:

«Ved behandling av henvendelsen fra A har vi lagt til grunn bestemmelsene i Forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetning i den offentlige forvaltning, hvor det i § 4 framgår:

'En part har rett til å gjøre seg kjent med søknadene fra søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen, og vedlegg til disse søknadene.'

Vi regner med at bestemmelsen er å tolke slik at det er rett til innsyn, men ikke rett til å få til-

sendt kopi av søknaden. I paragrafer i forvaltningsloven er det spesifisert at man har rett til å få kopier, men det er ikke tilfelle i nevnte paragraf i forskriften. I og med at vi har gitt han anledning til å få komme hit og lese søknaden m/vedlegg fra vedkommende som er ansatt i stillingen, mener vi at vi har handlet korrekt. A har for øvrig fått tilsendt utvidet søkerliste på vanlig måte.

Et annet moment som vi også har lagt vekt på er at A i sin korrespondanse med oss har spredt til dels følsomme opplysninger til andre søkere til stillingen. Vi er derfor usikre på hvordan han vil behandle eventuelle kopier han kommer i besittelse av.»

Klageren kom med merknader til svaret og viste til at det er vanlig praksis å sende kopier av søknader med vedlegg til andre søkere som ber om det. Han benektet for øvrig at han hadde spredt følsomme opplysninger til andre søkere.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken gjelder forståelsen og rekkevidden av forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetning i den offentlige forvaltning (partsoffentlighetsforskriften) 21. november 1980 nr. 13, og forholdet til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 20.

Det fremgår av forvaltningsloven § 2 annet ledd første punktum at avgjørelse om tilsetning regnes som enkeltvedtak, jf. § 2 første ledd bokstav b. Utgangspunktet er således at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak kommer til anvendelse i tilsetningsaker. Forvaltningsloven § 3 annet ledd annet punktum slår imidlertid fast at flere av lovens sentrale regler om enkeltvedtak ikke gjelder i slike saker. Videre kan Kongen med hjemmel i forvaltningsloven § 3 annet ledd første punktum bestemme at forvaltningsloven kapittel IV-VI helt eller delvis ikke skal komme til anvendelse i nærmere angitte saker eller for visse tjenestemenn. Partsoffentlighetsforskriften, som presiserer og avgrenser retten til innsyn i tilsetningssaker, er gitt med hjemmel i denne bestemmelsen og forvaltningsloven § 19 tredje ledd.

Partsoffentlighetsforskriften som sådan gjør bare unntak fra forvaltningsloven § 18, ikke de øvrige reglene i loven, jf. forskriften § 1 første ledd første punktum. Det betyr blant annet at begrensningene i innsynsretten som følger av forvaltningsloven § 19 og bestemmelsen i § 20 om den praktiske gjennomføringen av innsynsretten også gjelder for partsoffentlighet i saker om tilsetning i den offentlige forvaltning.

Etter partsoffentlighetsforskriften § 2 har søkeren til en stilling rett til å gjøre seg kjent med samtlige søkers navn og alder og fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet. Slike opplysninger kan sammenfattes i en utvidet søkerliste. Innsynsrett etter forskriften § 2 er en begrensning av den innsynsrett som el-

lers ville fulgt av forvaltningsloven § 18. Partsoffentlighetsforskriften § 4 utvider innsynsretten i forhold til søkere som er innstilt eller tilsatt i stillingen. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«En part har rett til å gjøre seg kjent med søknadene fra søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen, og vedlegg til disse søknadene.

En part har også rett til å gjøre seg kjent med deler av dokumenter som inneholder faktiske opplysninger om søkere som er blitt innstilt (jfr. § 6), og om den søker som er tilsatt i stillingen. Slike opplysninger kan likevel holdes tilbake dersom de er uten betydning for avgjørelsen.»

Innsynsrett etter forskriften § 4 gir i realiteten en søker langt på vei tilsvarende innsynsrett som vedkommende ellers ville hatt etter forvaltningsloven § 18.

Kommunen har under saken gitt uttrykk for at det kan synes tvilsomt om klageren egentlig har rett til innsyn i søknaden selv om han er part i saken. Samtidig har kommunen likevel gitt uttrykk for at han vil kunne få lese gjennom søknaden med vedlegg dersom han møter opp personlig i kommunen og krever innsyn. I brev hit uttaler kommunen videre at: «I og med at vi har gitt han anledning til å få komme hit og lese søknaden m/vedlegg fra vedkommende som er ansatt i stillingen, mener vi at vi har handlet korrekt». Jeg legger etter dette til grunn at kommunen ikke bestrider at klageren har rett til innsyn i den tilsattes søknad med vedlegg etter partsoffentlighetsforskriften § 4 første ledd, jf. forvaltningsloven § 19.

Spørsmålet er hvordan gjennomføringen av innsynet skal skje. Kommunen har tilbudt klageren å møte opp i kommunen for å gå gjennom søknadene med vedlegg der, men vil ikke gi ham kopi av dokumentene selv om han møter opp eller sende slike kopier til ham. Klageren har på sin side bedt om å få tilsendt kopi av de aktuelle dokumentene.

Det fremgår av forvaltningsloven § 20 første ledd første punktum at forvaltningsorganet i utgangspunktet selv, ut fra hensynet til forsvarlig saksbehandling, bestemmer hvordan sakens dokumenter skal gjøres tilgjengelig for parten. I praksis vil forvaltningsorganet som regel ha valget mellom å la parten lese gjennom dokumentene eller å gi vedkommende kopi.

Forvaltningens valgrett med hensyn til hvordan innsynet skal gjennomføres, begrenses imidlertid dersom parten selv ber om å få kopi av de aktuelle dokumentene. Det følger av forvaltningsloven § 20 annet ledd første punktum at en part på anmodning skal gis kopi av dokumentene som vedkommende har krav på å få gjøre seg kjent med. Dette må forstås slik at parten i utgangspunktet har et rettskrav som gir vedkommende en ubetinget rett til å få kopi av dokumentene, jf. lovens ord «skal gis». Forvalt-

ningsorganet kan ikke avvise en parts anmodning om kopi etter forvaltningsloven § 20 annet ledd første punktum ved å vise til bestemmelsen § 20 første ledd første punktum. Kommunen hadde således ikke anledning til å avslå klagerens krav om å få kopi av de dokumentene han etter reglene om partsoffentlighet i tilsetningssaker har rett til innsyn i.

Forvaltningsloven gir imidlertid ikke parten en ubetinget rett til å få kopiene tilsendt. Hensynet til god forvaltningsskikk vil likevel som regel tilsi at forvaltningsorganet sender kopi av de aktuelle dokumentene til parten. Forvaltningsorganet vil ha en særlig oppfordring til dette dersom den som krever innsyn bor et stykke unna forvaltningsorganet eller vedkommende av andre grunner har vanskelig for å møte opp personlig. I dette tilfellet bor klageren forholdsvis langt fra kommunen, og han kan derfor vanskelig henvises til selv å måtte hente kopiene ved personlig oppmøte i kommunen. Dette vil ikke være i samsvar med god forvaltningsskikk.

Kommunen har blant annet begrunnet avslaget på anmodningen om få tilsendt kopi av dokumentene med at klageren i løpet av saken skal ha «spredt følsomme opplysninger» til de øvrige søkerne til stillingen. Dette benektes av klageren. Spørsmålet har ikke vært gjenstand for undersøkelse herfra og jeg finner det uansett ikke naturlig eller nødvendig å ta stilling til om påstanden medfører riktighet. Jeg viser til at parten etter forvaltningsloven § 20 annet ledd første punktum «skal gis» kopi av dokumentene, og at bestemmelsen ikke overlater til forvaltningens skjønn å foreta vurderinger av om parten bør gis kopi av dokumentene.

På generelt grunnlag skal det bemerkes at taushetsbelagte opplysninger som en part får kjennskap til gjennom partsinnsyn kan parten bare bruke «i den utstrekning det er nødvendig for å vareta partens tarv i saken», jf. forvaltningsloven § 13b annet ledd første punktum. Forvaltningsorganet skal gjøre parten oppmerksom på dette, jf. § 13b annet ledd annet punktum. Ved brudd på taushetsplikten vil anmeldelse for overtredelse av straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 121 kunne være aktuelt, jf. forvaltningsloven § 13b annet ledd siste punktum. Parten kan imidlertid vanskelig nektes å få kopi av dokumentene i forkant av frykt for at bestemmelsen vil bli overtrådt.

Konklusjon

Kommunen har i denne saken ikke oppfylt sin plikt etter forvaltningsloven § 20 annet ledd og jeg må derfor be om at kommunen på nytt vurderer anmodningen fra klageren om å få tilsendt kopi av den tilsattes søknad med vedlegg. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av kommunens fornyede vurdering.»

12.

Saksbehandlingstiden ved behandling av klage over avslag på innsyn i pasientjournal

(Sak 2004–2975)

På bakgrunn av opplysninger gitt i en klage over sen saksbehandling, fant ombudsmannen grunn til av eget tiltak å undersøke saksbehandlingstiden generelt i saker om innsyn som behandles av Helsetilsynet i Oslo og Akershus. Tilsynet opplyste at det så langt i året som hadde gått, hadde en 3 måneders median saksbehandlingstid i saker vedrørende innsyn i pasientjournaler.

Ombudsmannen påpekte at innsynsbegjæringer skal besvares raskt, fortrinnsvis umiddelbart. Parts-innsyn er ofte en nødvendig forutsetning for å kunne gjøre andre rettigheter gjeldende. Sammenhengen mellom offentlighetsloven og forvaltningsloven gjør også at en part ikke bør stilles dårligere enn den som begjærer innsyn etter offentlighetsloven. En saksbehandlingstid på tre måneder ved behandling av klage i en innsynssak er klart for lenge. Ombudsmannen ba tilsynet vurdere nødvendige tiltak for å redusere saksbehandlingstiden i denne type saker. Tilsynet kom tilbake og opplyste at det ville bestrebe seg på at saksbehandlingstiden i disse sakene blir kortest mulig.

I en klage over sen saksbehandling ved Helsetilsynet i Oslo og Akershus ble det gjort gjeldende at tilsynet skulle ha opplyst at saksbehandlingstiden var 11 måneder i saker om innsyn hvor tilsynet var klageinstans. At saksbehandlingstiden i denne type saker var lang, ble overfor ombudsmannens kontor bekreftet i forbindelse med den konkrete saken. Denne saken ble ordnet og avsluttet fra ombudsmannens side. På bakgrunn av opplysningene gitt i saken fant ombudsmannen imidlertid grunn til av eget tiltak å undersøke saksbehandlingstiden generelt i saker om innsyn hvor Helsetilsynet i Oslo og Akershus er klageinstans.

Helsetilsynet i Oslo og Akershus ble på bakgrunn av ovennevnte opplysninger bedt om å opplyse hvor lang saksbehandlingstiden normalt er i saker om innsyn hvor tilsynet er klageinstans og om klager i innsynssaker blir prioritert i forhold til andre arbeidsoppgaver ved tilsynet.

Av tilsynets svar fulgte blant annet at det så langt i inneværende år (frem til midten av november) hadde ca. 3 måneders median saksbehandlingstid på saker vedrørende innsyn i pasientjournal. Dette ble opplyst å være i samsvar med oppdraget fra Helsetilsynet sentralt. Det ble videre bekreftet at denne type saker prioriteres foran andre typer saker.

Ved avslutningen av saken ble det uttalt herfra:

«Innsyn i pasientjournaler vil normalt følge reglene om partsinnsyn etter forvaltningsloven 10. februar

1967 §§ 18–21. Loven har en generell bestemmelse om at alle saker skal forberedes og avgjøres «uten ugrunnet opphold», jf. forvaltningsloven § 11a første ledd. Forarbeidene til forvaltningsloven inneholder lite om kravene til saksbehandlingstiden i innsynssaker. Det er imidlertid flere uttalelser knyttet til tilsvarende bestemmelse om saksbehandlingstiden hva gjelder innsynsbegjæringer etter offentlighetsloven og klagebehandling av disse. Ombudsmannen har blant annet tidligere uttalt følgende:

«Innsynsbegjæringer «skal avgjøres uten ugrunnet opphold», jf. offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9 første ledd. Hva som er «ugrunnet opphold» beror på en konkret helhetsvurdering. Fra Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) s. 42 siteres:

«Hva som skal regnes for å være «uten ugrunnet opphold» vil avhenge av en konkret vurdering hvor hensyn må tas til spørsmålets vanskelighet og organets arbeidsmengde for øvrig. Departementet vil imidlertid fastholde at alle henvendelser etter offentlighetsloven etter sin art må behandles forholdsvis snart. Er det praktisk mulig å avgjøre spørsmålet umiddelbart vil dette være å foretrekke.»

Innsynsbegjæringer skal etter dette besvares raskt, fortrinnsvis umiddelbart. Jeg har i dokument nr. 4:1 (1997–1998) s. 11, jf. også dokument nr. 4:1 (2000–2001) uttalt at de fleste begjæringer bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter». Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld nr. 32 (1997–1998) s. 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–99) s. 18. Hensynene bak kravene til saksbehandlingstid gjør seg også gjeldende ved klagebehandling av avslag på innsyn. Det er først ved klagevedtaket at det foreligger en endelig avgjørelse av innsynsspørsmålet. Klagesaker etter offentlighetsloven må følgelig avgjøres raskt, se også Justisdepartementets «Veileder i offentlighetsloven» s. 103.»

Sammenhengen mellom offentlighetsloven og forvaltningsloven gjør at en part ikke bør stilles dårligere enn den som ikke er part i en sak og dermed henvist til å begjære innsyn etter offentlighetsloven. Det må også presiseres at innsyn ofte er en nødvendig forutsetning for å kunne gjøre andre rettigheter gjeldende og må gis høy prioritet.

Det må på denne bakgrunn være klart at en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på tre måneder ved behandling av klage i en innsynssak er for lenge.

Tilsynet bes derfor vurdere nødvendige tiltak for å redusere saksbehandlingstiden i denne type saker ytterligere. Ombudsmannen ber om å bli holdt orientert om hva tilsynet finner grunn til å foreta seg.»

Tilsynet kom tilbake og opplyste blant annet at det ville arbeide for å sikre at saksbehandlingstiden i disse sakene blir kortest mulig.

Tilsetning i offentlige stillinger, offentlige tilsetningsforhold og tildeling av fastlegehjemmel

13.

Tilsetning av prosjektleder ved Universitetet i Oslo – om adgangen til i intervju å stille spørsmål om religiøs tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål

(Sak 2004–1795)

Saken gjelder en tilsetning ved Universitetet i Oslo. Klageren ble under intervjuet stilt spørsmål om sin religiøse tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål.

Ombudsmannen kom til at universitetet ikke hadde adgang til å stille slike spørsmål, og at spørsmålsstillingen innebar et brudd på arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Hvorvidt det var skjedd en usaklig forskjellsbehandling ved ansettelsen etter bestemmelsens annet ledd, ble også berørt.

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) henvendte seg til ombudsmannen på vegne av A i forbindelse med tilsetning av prosjektleder ved Seksjon for læringsmiljø og studiekvalitet.

SMED hevdet at det hadde skjedd flere brudd på arbeidsmiljøloven 4. februar 1977 nr. 4 § 55 A i tilsettingsprosessen.

Fra senterets side ble det for det første anført at universitetet hadde overtrådt § 55 A første ledd ved å stille spørsmål om klagerens religiøse tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål. SMED hevdet at disse opplysningene ikke var begrunnet i stillingens karakter, og at det ikke inngår i universitetets virksomhet å fremme bestemte syn. Unntaksbestemmelsen som i slike tilfeller kan tillate slike spørsmål, kom derfor etter SMEDs oppfatning ikke til anvendelse.

SMED anførte videre at det hadde skjedd en usaklig forskjellsbehandling ved ansettelsen, jf. § 55 A annet ledd. Senteret begrunnet dette med at As «etniske/religiøse opprinnelse» skal ha blitt negativt vektlagt i forbindelse med ansettelsesprosessen. SMED la til grunn at begrepet «ved ansettelsen» i § 55 A annet ledd omfatter all usaklig forskjellsbehandling av søkerne underveis i tilsettingsprosessen, og ikke bare de tilfeller hvor forholdet har vært tillagt avgjørende vekt ved den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen av søkerne. Senteret hevdet derfor at A ble utsatt for usaklig forskjellsbehandling etter § 55 A annet ledd fordi hun under intervjuet ble stilt spørsmål som tydet på at hennes muslimske bakgrunn ble negativt vektlagt. SMED anførte at nevnte forhold var tilstrekkelig til å konstatere brudd på bestemmelsen, selv om det ikke ble hevdet at klageren var best kvalifisert for stillingen og dermed skulle vært tilsatt i tråd med kvalifikasjonsprinsippet som gjelder ved offentlige tilsetninger.

Klagen ble forelagt universitetet ved skriftlig henvendelse.

Universitetet besvarte henvendelsen, og vedla intervjugruppens begrunnede innstilling til tilsetningsrådet. Det ble innledningsvis i svaret redegjort for formålet med tilsetningen, samt utdypet hvilke formelle kvalifikasjonskrav og ønsker universitetet hadde til stillingen. Utgangspunktet for intervjugruppen var etter det opplyste å finne frem til aktuelle kandidater med minoritetsbakgrunn.

Universitetet uttalte at det ikke hadde hatt planer eller ønsker om å innhente opplysninger om religiøs tilknytning eller syn på religiøse/kulturelle spørsmål, og påberopte seg heller intet grunnlag for å kunne gjøre dette. Universitetet beklaget derfor at A ved en «glipp» ble stilt spørsmål under intervjuet som innebar ett brudd på § 55 A første ledd.

Universitetet forsikret videre at opplysninger om religiøs tilknytning som ble fremskaffet gjennom den aktuelle spørsmålsstillingen, ikke var med i vurderingsgrunnlaget ved kvalifikasjonsvurderingen og ikke ble vektlagt i forbindelse med tilsetningen. Universitetet kunne derfor ikke se at det hadde overtrådt § 55 A annet ledd.

Universitetet uttalte avslutningsvis at det som følge av denne saken ville gjennomgå rutinene for intervjuer i tilsettingssaker.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg disse merknadene:

«Arbeidsmiljøloven 4. februar 1977 § 55 A lyder:

«Arbeidsgiveren må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte kreve at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnsstakerorganisasjoner. Tilsvarende forbud skal gjelde opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller homofile samlivsform. Arbeidsgiveren må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Disse bestemmelsene gjelder ikke dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet. I tilfelle slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.

Arbeidsgiveren må ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Med forskjellsbehandling menes enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av rase, hudfarge, etnisk eller nasjonal opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Ved vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, skal det tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.

Unntatt fra forbudet i andre ledd om diskri-

minering på grunn av homofil samlivsform skal være stillinger knyttet til religiøse trossamfunn der det i utlysning av stillinger er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet.

Arbeidssøker som mener seg forskjellsbehandlet, kan kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har.

Dersom arbeidssøkeren kan påvise forhold som gir grunn til å tro at det foreligger forskjellsbehandling, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at dette ikke skyldes forhold som nevnt i annet ledd.

Dersom arbeidsgiver har handlet i strid med bestemmelsene i annet ledd, kan arbeidssøkeren kreve erstatning etter de alminnelige regler.»

Arbeidsmiljøloven § 55 A er en viktig bestemmelse i arbeidet med å bekjempe diskriminering ved tilsetninger. Forbudet mot forskjellsbehandling skal bidra til å sikre likebehandling, og dermed hindre at enkelte grupper ekskluderes fra yrkeslivet – med alt slik ekskludering innebærer av omkostninger for den enkelte og samfunnet for øvrig. Bestemmelsen er utformet i erkjennelsen av at slik diskriminering skjer, og at det er en viktig samfunnsoppgave å forhindre dette.

Arbeidsmiljølovens § 55 A er en sentral vernebestemmelse som det er viktig at forvaltningen – og universitetet – er seg bevisst. Bestemmelsen er også gitt for å ivareta internasjonale forpliktelser om likebehandling, og det er også av den grunn viktig at bestemmelsen iakttas nøye av det offentlige som arbeidsgiver.

I dette tilfellet er det på det rene at en søker i intervju situasjonen ble stilt spørsmål om religiøs tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål.

Paragraf 55 A første ledd siste setning inneholder en unntaksbestemmelse hvorefter arbeidsgiver på nærmere angitte vilkår kan stille slike spørsmål – for eksempel der dette er begrunnet i stillingens karakter. Dersom slike opplysninger vil bli krevd, må det opplyses om dette i utlysingen. Det er på det rene at universitetet i dette tilfellet ikke hadde rettslig grunnlag for å stille de omtalte spørsmålene, og spørsmålsstillingen innebærer derfor et brudd på § 55 A første ledd. Universitetet har beklaget forholdet, og denne beklagelsen er på sin plass.

Bestemmelsens andre ledd setter et forbud mot å forskjellsbehandle søkerne ved ansettelse på grunn av «rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming». Både SMED og universitetet har gitt uttrykk for at diskriminering på grunn av religion også omfattes av dette diskrimineringsforbudet. Dette spørsmålet foranlediger derfor ikke ytterligere merknader herfra.

Når arbeidsgiver stiller spørsmål om en søkers religiøse tilknytning, foreligger det en presumpsjon for at opplysningen har vært av interesse og har blitt

vektlagt i den sammenlignede kvalifikasjonsvurderingen. Arbeidsgiver får derfor i et slikt tilfelle bevisbyrden for at de opplysninger som har fremkommet under den aktuelle spørsmålsstillingen ikke har bidratt til diskriminering av søkeren.

Universitetet har forsikret at søkerens religiøse tilknytning og syn på religiøse/kulturelle spørsmål, for eksempel knyttet til matvaner, ikke var et moment som ble tillagt vekt ved vurderingen av søkerne. Så langt jeg kan se er dette også i samsvar med det som fremkommer av intervjugruppens skriftlige vurderinger av søkerne i innstillingen til tilsettingsrådet 19. februar 2003.

Saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig, og det blir ikke foretatt parts- eller vitneavhør. Saksbehandlingsprosessen ligger ikke vel til rette for å avklare uenighet om faktum, og mine uttalelser må baseres på det skriftlige materiale i saken. Slik saken er opplyst for meg, har jeg ikke tilstrekkelige holdpunkter for å trekke i tvil universitetets forsikring om at religiøs tilknytning overhodet ikke ble vektlagt.

Slik saken etter dette ligger an, har jeg ikke foranledning til å gå videre med det teoretiske spørsmålet om det, uavhengig av om vedkommende uansett ikke ville nådd opp i den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen, foreligger brudd på § 55 A annet ledd dersom religiøs tilknytning hadde blitt negativt vektlagt.

Konklusjon

Jeg har merket meg at universitetet har opplyst at det som følge av denne saken vil gjennomgå rutinen for intervjuer i tilsettingssaker. Universitetet bør også overveie om det kan være grunnlag for å beklage at spørsmål om religiøs tilknytning ble stilt til A.»

14.

Endring av den sakkyndige komiteens rangering av søkere til en stipendiatstilling – saksbehandlingen

(Sak 2004–1632)

Den sakkyndige komiteen rangerte A foran B til en stilling som stipendiat ved en høyskole. I en merknad til komiteens uttalelse anførte B at komiteen ikke hadde vurdert søknadene i forhold til en spesifikk faglig vektlegging i stillingsbeskrivelsen. Innstillingsmyndigheten var enig og endret rangeringen. B ble deretter tilsatt. I klagen hit hevdet A at det ikke var grunnlag for endringen.

Ombudsmannen uttalte at merknaden burde vært forelagt komiteen. Saken var ikke godt nok opplyst, og høyskolen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

I utlysningsteksten for stillingen ble det oppstilt slike kvalifikasjonskrav:

«For tilsetning kreves det dokumentert vitenskapelig/faglig kompetanse innenfor kunst- og kulturformidling eller beslektede fagområder. Den som tilsettes må ha relevant, laudabel utdanning av høyere grad. Ved søknad om tilsetning skal det legges fram et faglig begrunnet forslag til et doktorgradsprosjekt. Ved vurderingen av søkerne vil det bli lagt stor vekt på forskningsprosjektet.»

Kvinner ble oppfordret til å søke. I stillingsbeskrivelsen, som utlysingen viste til, het det blant annet følgende om stillingens innhold:

«Stillingen lyses ut i kunst- og kulturformidling med vekt på publikumsutvikling og praktisk formidling av kunst og kultur.»

Det ble oppnevnt en sakkyndig komité for å vurdere de fem søkerne til stillingen. I sin innstilling viste komiteen til «[s]tillingsbeskrivelsen», og oppstilte deretter vurderingskriteriene «arbeidsfelt kunst- og kulturformidling», kandidatenes prosjekter til doktorgradsprogram og kandidatenes alder. Komiteen nevnte ikke de kriteriene høyskolen hadde beskrevet i stillingsbeskrivelsen under «[s]tillingens innhold», jf. ovenfor.

Komiteen vurderte bare A og B som kvalifisert, og av disse ble A rangert som nummer en. I konklusjonen het det:

«Begge har interessante og relevante prosjekter, og begge er tatt opp på et godkjent doktorgradsprogram. Likevel fremgår det av vår gjennomgang av søkerne at A har et mer gjennomarbeidet prosjekt med en klarere problemstilling enn B, og at hun også har alderen på sin side.»

Søkerne fikk anledning til å kommentere vurderingen, og B fremholdt at komiteen hadde unnlatt å vurdere søknadene i forhold til stillingsbeskrivelsens vektlegging av «publikumsutvikling og praktisk formidling av kunst og kultur». Avdeling for kunsthøgskolen var enig i dette og rangerte i sin innstilling B som nummer en og A som nummer to. Følgende begrunnelse ble gitt:

- «– Avdelingen vurderer Bs utdanningsbakgrunn og prosjekt klart mer relevant i forhold til avdelingens prioriteringer enn As.
- Avdelingen vil også legge vekt på at B har sin Master fra USA, der arbeidet med publikumsutvikling og praktisk formidling er kommet lenger enn i Norge, og at han følger et doktorgradsprogram i Storbritannia, som går rett inn i avdelingens prioriteringer. Bs erfaring fra USA og Storbritannia vil styrke avdelingens arbeid med internasjonalisering ikke minst sett i forhold til den økte vekt på internasjonalisering som kvalitetsreformen krever.
- Avdelingens arbeid med studiet Kunst- og kulturformidling skal skje i nær tilknytning til praksisfeltet, noe som krever at den som

skal ha ansvaret for utvikling av og undervisning i faget kunst- og kulturformidling og for prosjektledelse av fagområdet, også må ha bred erfaring fra praktisk formidling av kunst og kultur i kontakt med publikum og har erfaring fra ulike prosjektfunksjoner. Avdelingens vurdering er at Bs praksis som kulturhussjef med formidling av de fleste kunst- og kulturuttrykk gjør ham bedre kvalifisert enn A også på dette feltet.»

Tilsetningsrådet vedtok med fire mot en stemme å tilsette B. Mindretallet anket saken inn for høyskolestyret, men anken ble forkastet.

A anførte i klagen at det har vært vanlig praksis å følge den sakkyndige komiteens rangering, og at det ikke var grunnlag for å endre rangeringen. Hun viste bl.a. til at hun hadde den sterkeste teoretiske bakgrunnen og det best utarbeidede prosjektet, samt at hun var kvinne og yngre enn den tilsatte.

Høyskolen ble i brev herfra bl.a. bedt om å redegjøre for hvorfor Bs kommentarer ikke ble forelagt den sakkyndige komiteen. I svarbrevet het det bl.a.:

«Bs merknad gikk på at utvalget ikke syntes å ha tatt hensyn til de spesifikke formuleringene i stillingsbeskrivelsen om at det skulle legges vekt på publikumsutvikling og praktisk formidling av kunst og kultur. Høgskolen, både ved innstillende myndighet og i tilsetningsrådet, vurderte det slik at utvalget bare vurderte søknadene i forhold til at dette var et stipend i kunst- og kulturformidling, og ikke ut fra den spesielle vinklingen Høgskolen ønsket. Utvalget hadde fått tilsendt stillingsbeskrivelsen og valgte å ikke ta hensyn til den. Det ville derfor være opp til Høgskolen å ta hensyn til dette i den videre saksbehandlingen. I ettertid har vi i forbindelse med klagesaken sett at det ville ha vært en fordel for alle parter om merknadene hadde blitt sendt til utvalget, slik at de kunne uttale seg, hvis de ville, om den spesifikke vinklingen. Men vi vil likevel understreke Høgskolens rett til å innstille og endre utvalgets rangering av de kvalifiserte søkerne, og vi mener at en kommentar fra utvalget ikke ville ha endret innstilling eller vedtak i denne saken.»

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 12. mai 1995 nr. 22 regulerer i § 30 utlysinger og tilsetninger i undervisnings- og forskerstillinger. Stipendiater er ikke uttrykkelig nevnt, men jeg legger til grunn at bestemmelsen også gjelder for slike stillinger. Lovens forarbeider støtter dette synet. Jeg viser også til Jan Fridthjof Bernts kommentarutgave til loven (3. utgave) s. 41–42 note 2 til § 6 om styrets sammensetning, der begrepet «undervisnings- og forskerstillinger» også forekommer.

Selv om utgangspunktet etter § 30 nr. 4 er at tilsetning skal skje «på grunnlag av» den sakkyndige bedømmelsen, kan ikke komiteens rangering være ubetinget avgjørende. I lovens forarbeider heter det

på s. 60 i Ot.prp. nr. 85 (1993–94) at en ikke kan «begrense bedømmelsen til den som foretas av de sakkyndige. Det er også andre bedømmelser som må foretas, bl.a. av personlig egnethet». Videre heter det:

«Det er alminnelig antatt at de sakkyndiges avgjørelse mht. om en søker har den fastsatte kompetanse for en stilling ikke kan overprøves av innstillings- eller tilsettingsmyndighet. Dette følger naturlig av at de sakkyndige komiteer bør sammensettes med den fremste ekspertise på vedkommende fagområde.»

Bernt uttaler følgende i note 19 til § 30 i kommentarutgaven:

«Tilsettingsorganet 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 formulert 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.)»

Så vidt jeg kan se, er det ikke gitt klare regler om behandlingen av merknader fra søkere til stipendiatstillinger, verken fra sentrale myndigheter i form av lov, forskrift, reglement e.l., eller fra høyskolen. I rundskriv F-14–95 fra Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet om felles stillingsstruktur og opprykk til førsteamanuensis, førstelektor og førstebibliotekar, heter det imidlertid at merknader fra søkere «må vurderes», og at det «for eksempel [kan] bli tale om å legge merknader fra søkere fram for de sakkyndige som må gi tilleggsuttalelse». I rundskriv F-015–02 om personlig opprykk til professor etter kompetanse, heter det at «[m]erknader til de sakkyndiges uttalelse legges fram for bedømmingskomiteen for eventuell tilleggsuttalelse før det treffes vedtak» (merknad til § 13).

Etter dette legger jeg til grunn at det ikke gjelder noe absolutt krav om at enhver merknad må frem-

legges for komiteen. Spørsmålet om behandlingsmåten må vurderes konkret, med utgangspunkt i forvaltningslovens krav og generelle forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Når det er tale om vurderinger av faglige kriterier som kan tenkes å bli tillagt avgjørende betydning for valget mellom kvalifiserte søkere, bør disse i samsvar med lovens ordning med en «sakkyndig bedømmelse», utredes av komiteen.

Høyskolen la til grunn at komiteen ikke hadde foretatt en uttømmende vurdering av søknadene, idet disse ikke var vurdert i forhold til stillingsbeskrivelsens vektlegging av «publikumsutvikling og praktisk formidling av kunst og kultur». Dette aspektet ved stillingen synes å ha hatt en avgjørende betydning for innstillingen og deretter for tilsettingen. I avdelingens innstilling fremheves bl.a. Bs utdanningsbakgrunn og prosjekt som «klart mer relevant i forhold til avdelingens prioriteringer» enn As. Prioriteringene som nevnes, er nettopp knyttet til publikumsutvikling og praktisk formidling. I saksfremlegget for tilsettingsrådet heter det at avdelingen har vurdert Bs kompetanse «til å falle mer innenfor stillingsbeskrivelsen» enn As.

Jeg finner grunn til å stille spørsmål om høyskolen uten videre hadde et forsvarlig grunnlag for å anta at kandidatene overhodet ikke var vurdert i forhold til kriteriene «publikumsutvikling» og «praktisk formidling av kunst og kultur», selv om disse kriteriene ikke uttrykkelig ble nevnt i komiteens innstilling. Jeg viser til at komiteen generelt har vist til «[s]tillingsbeskrivelsen». Dette burde høyskolen ha avklart med komiteen.

Høyskolen har selv erkjent at den burde ha oversendt Bs merknader til komiteen for uttalelse. Dette er jeg enig i. Til grunn for ordningen med først en bedømmelseskomité og deretter en innstillende myndighet/et tilsettingsorgan, ligger prinsippet om at komiteen er særlig kvalifisert til å vurdere søkerne opp mot faglige kriterier i utlysingsteksten og stillingsbeskrivelsen. Dette må gjelde både i forhold til de formelle kvalifikasjonskravene (minimumskravene) som er oppstilt, og i forhold til søkerens faglige kvalifikasjoner for øvrig, sett i lys av stillingens nærmere innhold. Tilsettingsorganets virkemiddel mot en utilstrekkelig vurdering fra den sakkyndige komiteen, vil normalt være å be om en tilleggsuttalelse.

I korrespondansen med Likestillingsombudet har høyskolen henvist til den lange tiden som hadde gått siden utlysingen i mars måned. I dette tilfellet bestod komiteen bare av to sakkyndige. Jeg kan derfor vanskelig se at det å få avklart så vidt begrensede spørsmål skulle ta så lang tid at det kunne forsvare en innstilling og et vedtak uten nærmere avklaring omkring forhold som synes å ha vært avgjørende.

I forvaltningsloven § 17 heter det at en sak skal være «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». I lys av mine kommentarer ovenfor kan jeg ikke se at så var tilfelle i denne saken.

En foreleggelse for komiteen ville også ha vært gunstig for så vel søkerens som publikums *tillit* til høyskolens avgjørelse. I denne forbindelse nevnes at B har arbeidet med å utvikle en studieplan for kunst- og kulturformidling ved høyskolen, og det antas at Avdeling for kunsthøgskolen hadde personlig kjennskap til ham. B synes også å ha hatt en sentral posisjon i kommunens kulturliv i egenskap av mangeårig kulturhussjef. I en slik situasjon måtte det være særlig viktig med en korrekt prosedyre for å sikre tilliten til avgjørelsen. Jeg nevner også at det er opplyst at en fremleggelse for komiteen har vært vanlig fremgangsmåte der det har innkommet merknader til komiteens innstilling, jf. høyskolens brev hit 7. august 2003.

Jeg har etter dette kommet til at høyskolen begikk en saksbehandlingsfeil ved tilsetningen, og at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd fjerde punktum. Jeg har ikke grunnlag for å foreta en nærmere vurdering av realiteten i tilsetningsvedtaket. I lys av den saksbehandlingsfeilen som er påvist og den tvil den etterlater ved tilsetningsvedtaket, må jeg imidlertid be høyskolen foreta en fornyet vurdering av saken. Herunder bes det vurdert om det nå er grunn til å forelegge saken for den sakkyndige komiteen eller på annen måte innhente en særskilt faglig vurdering av A og B i forhold til kriteriene «publikumsutvikling og praktisk formidling av kunst og kultur». Det bes også vurdert om det er grunn til å utarbeide generelle retningslinjer for høyskolens behandling av innkomne merknader i slike tilsettingssaker. Jeg ber om å bli holdt underrettet om den nye behandlingen.»

Høyskolen sendte deretter saken tilbake til den sakkyndige komiteen for en ny vurdering. Ombudsmannens uttalelse og merknadene fra den tilsatte var vedlagt. Komiteen avga på oppfordring en ny uttalelse i saken. I brev hit 4. november 2004 siterte høyskolen deler av denne uttalelsen. Deretter het det:

«Høgskolen har ved at sakkyndig utvalg har uttalt seg på nytt i saken «reparert» saksbehandlingsfeilen som Sivilombudsmannen påpekte i sin behandling av saken. Vi beklager sterkt at Bs merknader ikke ble fremlagt for det sakkyndige utvalget på det tidspunktet de innkom til høgskolen og høgskolen vil bestrebe seg på at dette ikke skal inntreffe igjen. Høgskolen har i utgangspunktet gode rutiner på dette, dog ikke skriftlige, og vi vil nå begynne arbeidet med å skrifliggjøre disse rutinene.»

Høgskolen mente seg «ikke absolutt bundet av kommisjonens rangering av de kvalifiserte søkerne», men uttalte at tilsettingsorganet «kan gjøre en utvelgelse i forhold til utlysningstekst og egnethet».

Klageren rettet etter dette en ny henvendelse til mitt kontor, og den konkrete saken er fortsatt til behandling her.

I brev 30. august 2004 gjorde jeg Utdannings- og forskningsdepartementet oppmerksom på saken. Jeg oppfordret departementet til «å vurdere om det er behov for å utarbeide sentrale retningslinjer eller på andre måter bevirke en ensartet praksis» for undervisnings- og forskerstillinger. I svarbrev 1. oktober 2004 viste departementet bl.a. til universitetsloven § 30 nr. 4 og tjenestemannsloven § 23. Deretter het det:

«Ettersom institusjonene av lovgiver har fått myndighet til å fastsette regler for sakkyndig bedømming i tilsettingssaker, finner departementet det naturlig å være tilbakeholden med å lage retningslinjer for hvordan denne myndigheten skal utøves. Det er et politisk mål å gi institusjonene økt frihet og selvstendighet. Institusjonene har imidlertid etablert et eget råd, Universitets- og høgskolerådet, for bl.a. å kunne koordinere saker av felles interesse. Departementet vil oversende ombudsmannens brev til Universitets- og høgskolerådet, og be rådet vurdere om det er behov for å lage veiledende retningslinjer for institusjonene på dette området.»

15.

Nødvendigheten av intervju ved tilsetting i ett års vikariat

(Sak 2004–1058)

I en sak om tilsetting i ett års vikariat som undervisningsinspektør ved en grunnskole ble spørsmål reist om en søker skulle ha vært innkalt til intervju. Ved tilsettingen la kommunen avgjørende vekt på momenter av personlig karakter. A, som hadde høyere utdanning og lengre og bredere relevant yrkeserfaring enn den tilsatte, ble ikke innkalt til intervju.

Ombudsmannen kom til at når det først ble lagt avgjørende vekt på momenter av personlig karakter, var det en mangel ved kommunens kvalifikasjonsvurdering at A ikke ble innkalt til intervju. Ombudsmannen viste til kommunens plikt til å sørge for at saken er forsvarlig opplyst, og til at A syntes bedre faglig kvalifisert til stillingen enn den tilsatte. Ombudsmannen hadde ikke merknader til at personlig skikkethet var et sentralt moment for kommunen ved tilsettingen.

Saken gjaldt tilsetting i vikariat som undervisningsinspektør ved en grunnskole. Det innkom syv søknader, og søker nr. 5 ble tilsatt.

Norsk forskerforbund (NFF) brakte på vegne av søker nr. 3, A, saken inn for ombudsmannen. NFF anførte at det i tilsettingsprosessen ble begått saksbehandlingsfeil og at tilsettingen innebar en forbigåelse av søker nr. 3.

Saken ble tatt opp med kommunen, som ble bedt om å redegjøre for den kvalifikasjonsvurderingen som ble foretatt i forbindelse med tilsettingen. Kommunen ble videre bedt om å kommentere NFFs opp-

lysning om at det ikke ble foretatt intervjuer av søkerne forut for tilsettingen, samt redegjøre for hvilke forhold kommunen la vekt på i sin vurdering av søkerne og hvorfor intervju ikke ble funnet nødvendig. Kommunen ble også anmodet om å redegjøre for om det ble gitt beskjed til søkerne om at tilsetting var foretatt, og for hvorfor dette eventuelt ikke ble gjort.

Fra kommunens svar siteres:

«X kommune kan ikke se at det er begått saksbehandlingsfeil ved tilsetting i vikariat som undervisningsinspektør ved Y skole. En del av stillingen er tillagt undervisning der vedkommende har kompetanse, resten av stillinga er tillagt administrative oppgaver. Den tilsatte fyller vilkårene i opplæringsloven både med hensyn til utdanning og ansiennitet for å kunne bli tilsatt i en skolelederstilling. Den tilsatte er utdannet førskolelærer med 2. avdeling i spesialpedagogikk. Det er opp til skoleeier å bestemme, forutsatt at søker oppfyller vilkårene for tilsetting, hvem av søkerne som er best skikket til lederstillingen. Det er korrekt at det ved denne tilsettinga ikke ble foretatt intervjuer. Det er heller ingen bestemmelser om at skoleeier må foreta intervjuer før tilsetting. Det er vesentlig i denne saka at tilsettinga kun er et årsvikariat. Siden tilsettinga kun gjelder for et avgrenset tidsrom, er et vesentlig moment at en er sikker på at den som tilsettes vil kunne samarbeide godt med rektor. Denne vurderingen ble gjort i denne saka. Det er ikke riktig, slik det blir skrevet, at ikke klager ble gitt beskjed om at tilsettinga var skjedd.»

Til dette gjorde NFF gjeldende at kommunen ikke hadde tilsatt den best kvalifiserte søkeren, og at søkerens personlige skikkethet ikke kunne ha vært vurdert. Det ble vist til opplæringsloven 17. juli 1998 nr. 61 § 10–5 og opplæringsforskriften 28. juni 1999 nr. 722 kapittel 14, samt til Rundskriv F-025–03 fra Utdanningsdepartementet.

Kommunen hadde ikke ytterligere merknader i saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«Søker nr. 3 gjorde i brev til kommunen gjeldende at han ikke ble orientert om kommunens avgjørelse i tilsettingssaken. Kommunen har i brev hit imøtegått dette, men ikke vedlagt kopi av brev til klageren eller annen dokumentasjon. Dette spørsmålet er således uklart, men slik saken fremstår her, synes det i hvert fall tvilsomt om søker nr. 3 *mottok* en skriftlig orientering. Den bevismessige tvilen gjør at jeg ikke har tilstrekkelig grunnlag for å ta endelig stilling til dette punktet. Jeg vil imidlertid minne kommunen om at notoritets hensyn og alminnelige krav til god forvaltningsskikk tilsier at slik orientering bør gis skriftlig slik at det ved etterprøving kan dokumenteres.

Siktemålet i en tilsettingssak vil som regel være

å finne fram til den av søkerne som etter en helhetsvurdering må anses som best kvalifisert for stillingen. Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten. Det var ikke fastsatt kvalifikasjonskrav i utlysningsteksten i denne saken. Videre må det i kvalifikasjonsvurderingen tas hensyn til eventuelle lov- og avtalefestede krav, jf. f.eks. opplæringsloven § 10–1 med krav om relevant faglig og pedagogisk kompetanse. Opplæringsforskriften kapittel 14 har utfyllende regler om krav til kompetanse hos undervisningspersonale.

Kommunen har opplyst at en del av undervisningsinspektørstillingen «er tillagt undervisning der vedkommende har kompetanse». Den tilsatte har ifølge utvidet søkerliste førskolelærerutdanning og bl.a. 20 vekttall spesialpedagogikk. I henhold til opplæringsforskriften § 14–2 er hun således kompetent til å undervise på 1. – 4. klassetrinn i grunnskolen. I tillegg kan hun undervise på 5. – 10. klassetrinn «dersom hovedoppgåva er spesialundervisning eller behova til elevane gjer slik utdanning ønskeleg», jf. § 14–2 bokstav c) siste alternativ. Søker nr. 3 har bl.a. lærerutdanning og hovedfag i pedagogikk, og synes således uten videre å være kompetent til å undervise på alle klassetrinn.

Hovedspørsmålet i denne saken er imidlertid ikke om den tilsatte oppfyller opplæringslovgivningens kompetansekrav til undervisningspersonale, men om kommunens tilsetningsvedtak er i tråd med kvalifikasjonsprinsippet. Prinsippet innebærer at kommunen skal søke å tilsette den som ut fra en helhetsvurdering er best kvalifisert til stillingen. Foruten utdanning mv., vil praksis og personlig skikkethet være sentrale momenter i denne vurderingen. Kvalifikasjonsprinsippet kommer til uttrykk i opplæringsloven § 10–5 om valg mellom flere søkere:

«Når ein må velje mellom fleire søkjarar, skal det leggjast vekt på utdanning og praksis, kva undervisningsbehov tilsetjinga skal ta sikte på å dekkje, og kor kvalifisert søkjaren elles er for stillinga.»

Ut fra opplysningene i søkerlista fremgår det at søker nr. 3 har klart høyere utdanning enn den tilsatte, og at han således var bedre kvalifisert til undervisningsinspektørstillingen ut fra formelle kriterier. Det vises til at han blant annet har hovedfag i pedagogikk. Han har også bredere og lengre relevant yrkeserfaring, herunder erfaring fra både undervisningsarbeid og fra arbeid med skoleadministrasjon.

Ut ifra kommunens brev hit må jeg imidlertid legge til grunn at formelle kvalifikasjoner ikke ble avgjørende for tilsettingsorganets avgjørelse. Kommunen har opplyst at det var vesentlig at den tilsatte kunne samarbeide godt med rektor. Jeg antar at kommunens vurdering av den tilsattes samarbeidsevner bygget på erfaringer fra hennes arbeidsforhold som lærer ved skolen. Det gir i seg selv ikke grunn

til merknader fra min side at personlig skikkethet var et sentralt moment for kommunen. Dette er et saklig moment, jf. ovenfor. Den nærmere avveiningen av de ulike momentene i kvalifikasjonsvurderingen bygger for øvrig på et skjønn som ombudsmannen har begrenset mulighet til å overprøve, jf. ombudsmannsloven 22. juni nr. 8 § 10 annet ledd annet punktum.

Når kommunen først valgte å legge avgjørende vekt på momenter av personlig karakter, blir det imidlertid sentralt hvilket faktisk grunnlag kommunen hadde for sin vurdering av søker nr. 3 sine personlige egenskaper.

Kommunen har ikke avholdt intervju med søker nr. 3, og det er ikke redegjort nærmere for årsaken til at dette ikke ble gjort. Kommunen har heller ikke vist til at aktuelle relevante kilder for øvrig har vært benyttet for å belyse hans personlige egenskaper i forhold til tilsvarende for den tilsatte.

Tilsetting i offentlig stilling er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 10. februar 1967 § 2 annet ledd første punktum, og tilsettingsorganet har plikt til å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 17 første ledd første punktum. I saker om tilsetting vil intervjuer av aktuelle søkere normalt kunne bidra til saksopplysningen, især når det som her legges avgjørende vekt på personlige egenskaper. Stillingsintervjuer er et middel til å utdype og klargjøre søkerens kvalifikasjoner og til å gi tilsettingsmyndigheten en mulighet til å danne seg et personlig inntrykk av søkerne.

At det ikke ble foretatt intervju til tross for at kommunen la avgjørende vekt på personlige egenskaper, utgjør etter mitt syn en mangel ved kommunens kvalifikasjonsvurdering. Slik saken er opplyst for meg kan jeg vanskelig se at kommunen hadde et forsvarlig grunnlag for å vurdere søker nr. 3 sin personlige skikkethet for stillingen. Det synes i alle fall ikke forsvarlig dersom kommunen foretok en sammenlignende vurdering av søkerens samarbeidsevner mv. bare ut fra sakens skriftlige materiale. Særlig i lys av at søker nr. 3, ut fra de aktuelle objektive og faglige kriteriene, framstod som faglig sett bedre kvalifisert for stillingen enn den som ble tilsatt, burde kommunen ha gjennomført intervju med han. At kommunen ikke intervjuet søker nr. 3 eller på annen måte søkte å skaffe seg kunnskap om hans personlige egnethet, kan ha hatt til følge at det skjedde en usaklig forbigåelse av han ved tilsettingen.

«[D]et knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd siste punktum. Jeg anmoder derfor kommunen om å vurdere på nytt om saken var tilstrekkelig opplyst da vedtaket om tilsetting ble truffet, og om vedtaket var i tråd med kvalifikasjonsprinsippet. Det er ikke aktuelt å omgjøre tilsetningsvedtaket overfor den tilsatte, men jeg ber kommunen om å vurdere hva som kan gjøres overfor søker nr. 3 for å bøte på den feil som synes å være begått.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av kommunens fornyede vurdering.»

16.

Krav om intern utlysning etter hovedtariffavtalen – kvalifikasjonsprinsippet

(Sak 2004–2038)

Uten nærmere undersøkelse av om det fantes kvalifiserte interne søkere til to 37 % stillinger som hjelpepleiere/omsorgarbeidere, utlyste kommunen stillingene eksternt. Kommunen tilsatte to personer som allerede arbeidet ved den aktuelle omsorgsboligen. KFO mente stillingen etter hovedtariffavtalen skulle vært utlyst internt og dessuten at deres medlem A var bedre kvalifisert enn de to som ble tilsatt, og påklaget tilsettingene.

Ut i fra søkerlisten mente ombudsmannen at stillingene skulle vært utlyst eksternt. At kommunen tidligere hadde hatt vanskeligheter med å få søkere til tjenesten, medførte ikke at kommunen ved senere utlysninger kunne velge ikke å følge hovedtariffavtalen. Selv om søkerne med erfaring fra omsorgsboligen kunne være særlig egnede til stillingene, mente ombudsmannen at dette vanskelig kunne veie opp for mangel på fullført utdanning eller arbeidserfaring. Mye tydet derfor på at A var forbigått ved tilsettingen.

På vegne av A klaget KFO på kommunens tilsettinger i to 37 % stillinger som hjelpepleiere/omsorgsarbeidere. KFO anførte at stillingene skulle vært utlyst internt først og at kommunen hadde brutt kvalifikasjonsprinsippet i det ingen av de tilsatte hadde samme teoretiske eller praktiske kvalifikasjoner som A. Videre ble det vist til opplysninger om at kommunen hadde utelukket A fordi hun var gift med en onkel av en av brukerne ved institusjonen hun søkte arbeid ved. Etter KFOs vurdering var dette familieforholdet irrelevant for tilsettingen.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere og i brev herfra ble det bedt om kommunens merknader til at stillingene ikke ble utlyst internt i tråd med hovedtariffavtalen kap. 1, § 2 pkt 2.3. Kommunen ble dernest bedt om å redegjøre for hvordan As kvalifikasjoner ble vurdert i forhold til de to tilsattes kvalifikasjoner. Videre etterspurte ombudsmannen kommunens merknader til opplysningene om at A ikke ble tilsatt i stillingen fordi hun var gift med en onkel av en av brukerne av institusjonen. Dersom kommunen hadde vektlagt As familieforhold, ble det bedt opplyst om A hadde blitt informert om at dette var vektlagt i hennes disfavør.

Kommunen svarte:

«Stillingene ble lyst ut eksternt for at flere skulle få mulighet for å søke. Det har vært vans-

kelig å få søkere ved tidligere interne utlysninger i tjenesten.

I innstillingen til rådmannen er det lagt vekt på at B og C har arbeidet ved boligen siden oppstart i 2001. Begge er stabile arbeidstakere som har fungert godt i boligen. Disse søkerne har også primærkontaktansvar for brukere ved boligen. Arbeidsgiver har lagt vekt på viktigheten av stabilitet blant personalet i boligen. Begge søkerne har deltatt på kurs og veiledningsmøter for å høyne sin kompetanse i arbeid med unge brukere. C ble ansatt midlertidig til hun tok fagbrevet i desember 2002.

A er tante til en av brukerne. Dette ble vurdert faglig, men ved ansettelse var ikke dette tema.

Saken ble drøftet med KS og på bakgrunn av dette og etter en samlet vurdering av søkerne og tjenestens behov ble vedtaket fattet.»

KFO viste i sitt svar først til at det ikke hadde vært foretatt interne utlysninger av de aktuelle stillingene og at kommunens henvisning til at det hadde vært vanskelig å få søkere, gjaldt tidligere stillinger i tjenesten. Videre ble det presisert at C ikke tok fagbrev i desember 2002, men i mars 2003. Videre skrev KFO:

«A er ikke tante til en av brukerne, men gift med en onkel. Det medfører ikke riktighet at dette ikke var et tema ved ansettelse, da personalkonsulenten i kommunen tok kontakt med KFO og NHSFs tillitsvalgte i forkant av tilsettingen og opplyste at hun hadde konferert med KS om dette forholdet. KS hadde etter sigende gitt anbefaling om ikke å tilsette A grunnet inngiftet slektskap, og NHSFs tillitsvalgte endret innstilling i saken som en følge av denne opplysningen.»

Til dette hadde kommunen følgende merknader:

«Kommunen har ikke lyst ut nevnte stillinger internt, dette på bakgrunn av at det har vært vanskelig å få søkere ved tidligere interne utlysninger i tjenesten.

C var forespeilet å ta fagbrevet i desember 2002, men pga at papirene var forsinket fra fylket ble ikke disse sent tidnok til fagnemnda. Derfor ble fagprøven tatt i mars 2003.

As familieforhold til en av brukerne ble vurdert faglig, men dette var ikke tema ved ansettelsen.

Ved ansettelsen har kommunen lagt vekt på stabilitet ved boligen og etter en samlet vurdering av søkerne og tjenestens behov ble vedtaket fattet.»

Kommunen ble herfra bedt om å kommentere KFOs fremstilling av kommunens kontakt med KFO, Norsk Helse og Sosialforbund (NHSF) og Kommunens Sentralforbund (KS) vedrørende As familierelasjon til en av brukerne ved institusjonen samt påstanden om at innstillingen ble endret. Avslutningsvis ble det også bedt om at kommunen redegjorde for hva kommunen mente med at As familierelasjon var vurdert «faglig».

Kommunen svarte:

«Vernepleier faglig ansvarlig ved boligen vurderte det som uheldig at tante til en av brukerne ble ansatt. Dette i forhold til intimsonen til brukeren. Dette fikk arbeidstakerorganisasjonene orientering om. NHS endret da sin innstilling. Dette har ingen relevans i saken pga. at saken ble lagt fram for politisk behandling.

Det ble ikke oppnådd enighet med KFO. Saken ble derfor lagt fram for administrasjonsutvalget og senere anket av KFO til kommunestyret. Verken i administrasjonsutvalget eller i kommunestyret var As familieforhold til brukeren tema. Det ble lagt vekt på stabilitet ved boligen og etter en samlet vurdering av søkerne og tjenestens behov ble vedtaket fattet.»

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1. Manglende intern utlysning

Ved tilsetninger i kommunene må hovedtariffavtalen følges. Fra 1. juni 1990 ble det inntatt en ny bestemmelse i avtalens pkt. 2.3. under § 2. Her het det i første ledd at «ved ledighet i stillingen skal det vurderes om deltidsansatte kan gis utvidelse i sitt arbeidsforhold inntil hel stilling». Fra og med 1. mai 1994 har bestemmelsen hatt følgende ordlyd:

«[---]Ved ledig stilling skal deltidsstilte ved intern utlysning tilbys utvidelse av sitt arbeidsforhold inntil hel stilling, dersom vedkommende er kvalifisert for stillingen.[---]»

Som jeg har gitt uttrykk for i tidligere saker, se særlig sak nr. 46 inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1999 s. 174 flg. (sak 1998–1431), mener jeg den fortrinnsrett som er gitt i hovedtariffavtalen § 2 pkt. 2.3 i utgangspunktet er en individuell fortrinnsrett for den tilsatte. Det fremgår også av B-rundskriv nr. 6/95 at KS og forhandlingssammenslutningene er enige om at intensjonen bak denne bestemmelsen er å gi deltidsstilte mulighet til å øke sin stillingsstørrelse inntil hel stilling. Videre heter det:

«Arbeidsgiver skal drøfte med de tillitsvalgte hvordan man hensiktsmessig skal legge opp rutiner og håndtering av bestemmelsen om intern utlysning. Det vises også til bestemmelsens tredje avsnitt. Man skal vente med ekstern kunngjøring når det er antatt at det finnes aktuelle kvalifiserte søkere til stillingen blant de deltidsstilte. Dersom kvalifiserte deltidsstilte har søkt, skal disse tilbys stillingen. I de tilfeller det er flere interne deltidsstilte søkere tilsettes den som er best kvalifisert.»

Som det fremgår, skal arbeidsgiver vente med ekstern kunngjøring når det er antatt at det finnes aktuelle kvalifiserte søkere til stillingen blant de deltidsstilte. Det er derfor viktig at spørsmålet om fortrinnsrett avklares før kommunen eventuelt beslutter ekstern utlysning. Dersom det antas at det finnes fortrinnsberettigede, skal stillingen lyses ut internt.

Kommunen har i denne saken opplyst at de aktuelle stillingene ikke ble lyst ut internt fordi det tidligere hadde vært vanskelig å få søkere ved interne utlysninger i tjenesten.

På bakgrunn av søkerlisten ser det for meg ut som det på tilsetningstidspunktet var flere deltidstilsatte i kommunen med utdanningen hjelpepleier/omsorgsarbeider, heriblant A. Selv om kommunen har hatt vanskeligheter med å få søkere til tjenesten tidligere, medfører ikke dette at kommunen ved senere utlysninger kan velge ikke å følge hovedtariffavtalen. Ut fra sakens opplysning her, synes det som stillingene burde vært utlyst internt, og forholdet må kritiseres. Jeg ber kommunen om å gjennomgå sine rutiner for å sikre at det allerede på et tidlig tidspunkt i tilsetningsprosessen gjøres de undersøkelser som er nødvendig for å avklare om det er aktuelle deltidstilsatte med fortrinnsrett.

2. Søkerne kvalifikasjoner

Jeg finner først grunn til å bemerke at i forbindelse med undersøkelsen av saken herfra ble kommunen bedt om å redegjøre nærmere for hvordan As kvalifikasjoner ble vurdert i forhold til de to søkerne som ble tilsatt. Kommunen har ikke svart på dette spørsmålet og kommunens øvrige redegjørelser hit er også knappe. For at jeg skal kunne utføre det verv Stortinget har gitt meg, er det av stor betydning at de aktuelle forvaltningsorgan hvis sak blir undersøkt, svarer utfyllende på spørsmål herfra. Jeg ber om at dette følges opp ved eventuelle senere henvendelser herfra.

Det følger av hovedtariffavtalen § 2 punkt 2.2 første ledd at det ved tilsetting og opprykk i første rekke skal tas hensyn til søkerne kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen). Bestemmelsen anses å lovfeste det alminnelige kvalifikasjonsprinsippet om at den best kvalifiserte søkeren skal velges ved tilsetting i offentlig stilling. Sentrale momenter ved denne vurderingen vil normalt være utdanning, praksis og personlig egnethet for stillingen. Kvalifikasjonsprinsippet må imidlertid tolkes og anvendes også i lys av andre hensyn, f.eks. rekrutteringshensyn og hensynet til en effektiv utnyttning av eksisterende arbeidsstokk. Foretas det interne utlysninger, skal kvalifikasjonsprinsippet følges ved prioriteringen mellom de interne søkerne.

Administrasjonsutvalget i kommunen besluttet å tilby B og C stillingene som omsorgsarbeidere i hjemmetjenesten. Samtidig ble det vedtatt at C skulle tilsettes midlertidig og avlønnes som assistent til hun hadde avlagt fagprøven som omsorgsarbeider i desember 2002.

Av utlysningsteksten fremgår det at kommunen søkte etter hjelpepleiere/omsorgsarbeidere til hjemmabaserte tjenester.

B tok eksamen som omsorgsarbeider i 1999 og oppfylte således det formelle kravet til utdanning. C hadde ikke fullført utdanningen til omsorgsarbeider på tilsetningstidspunktet. Når det gjelder praktisk utdanning og erfaring fra yrket, viser Bs tjenestebevis fra kommunen at hun har jobbet som assistent i kommunen fra 1996 til 2001. Fra 2001 har B jobbet som omsorgsarbeider. C har tidligere jobbet som assistent i kommunen, men har ingen praksis som omsorgsarbeider før tilsettingen.

A er utdannet hjelpepleier (1991) og omsorgsarbeider (1999) og oppfylte de formelle kravene til stillingen. Videre viser hennes tjenestebevis fra kommunen at hun har arbeidet som hjelpepleier fra 1992 til 2000, og hun var på tilsetningstidspunktet fast ansatt i 40 % stilling i kommunens hjemmebaserte tjenester. A har følgelig fullført begge de alternative utdanningene og hun hadde også atskillig lengre ansiennitet og arbeidserfaring enn de to søkerne kommunen tilsatte.

Spørsmålet blir etter dette om B og C var særskilt personlig skikket for stillingene slik at dette kompenserer for As utdanning og lange arbeidserfaring, og dessuten om As familierelasjon til en av brukerne gjør henne mindre personlig skikket for stillingen.

Kommunen har gjentatte ganger påpekt at As familiære tilknytning til en av brukerne «ble vurdert faglig», men at dette ikke var et tema ved administrasjonsutvalgets og kommunestyrets behandling og derfor ikke tillagt vekt ved tilsettingene.

Et vedtaksorgan bygger i mange tilfeller sin behandling av en sak på en innstilling fra administrasjonen eller et underordnet organ. Innstillingen gir vedtaksorganet, som ofte ikke har samme mulighet for å sette seg inn i sakens bakgrunn, et grunnlag å behandle saken på. Er det tatt utenforliggende hensyn ved utformingen av innstillingen, vil disse derfor indirekte kunne få avgjørende betydning for resultatet i saken. Jeg kan derfor ikke uten reservasjoner slutte meg til kommunens vurdering av at siden familierelasjonen ikke var et tema ved administrasjonsutvalgets eller kommunestyrets behandling, er dette ikke tillagt vekt ved tilsettingene.

På bakgrunn av de opplysninger som er fremkommet etter undersøkelsen av saken herfra, finner jeg å måtte legge til grunn at As familierelasjoner som gift med onkel til bruker hadde betydning for den innstillingen som ble gitt fra organisasjonene til administrasjonsutvalget og senere til kommunestyret. Det må derfor vurderes om dette hensynet lovlig kunne tas.

Det er opplyst at kommunen har om lag 2000 innbyggere, og av disse skal knapt 900 være tilsatt i kommunen. I små kommuner vil det måtte oppstå situasjoner hvor offentlig tilsatte må forholde seg profesjonelt til personer vedkommende også kjenner privat. Dette gjelder bl.a. skolesektoren og helseve-

senet. Ved tilsetninger i stillinger der dette er en aktuell problemstilling, må det vurderes om det foreligger særlige forhold som gjør det vanskelig å gjennomføre arbeidet på en profesjonell og tilfredsstillende måte. Kommunen har vist til intimsone overfor brukerne. Det kan i tillegg være grunn til å ta særlige hensyn til familiebånd der det gjennomgående er tale om fordeling av knapphetsgoder, slik opphold på institusjon i noen grad vil medføre. Slik denne saken er opplyst, kan jeg for øvrig ikke se at det er fremkommet forhold som gjør A lite egnet og derfor uaktuell for stillingene ved boligen. As familiere-lasjon til en av brukerne ved boligen burde neppe være mer enn et helt marginalt moment i hennes dis-favør i den helhetlige vurdering som måtte gjennom-føres av flere søkeres kvalifikasjoner, og burde ikke isolert sett være diskvalifiserende for hennes søknad.

Kommunen har fremholdt at det ved tilsettingene ble lagt vekt på stabilitet ved boligen, og viser til at B og C hadde arbeidet ved boligen siden oppstart i 2001. Begge opplyses å være stabile arbeidstakere som har fungert godt i boligen. Søkerne hadde primærkontaktansvar for brukere ved boligen. Kommunen viser også til at begge søkerne hadde deltatt på kurs og veiledningsmøter for å høye sin kompetanse i arbeid med unge brukere. Videre opplyste kommunen at den faglig ansvarlige ved boligen vurderte det som uheldig at en tante til en av brukerne ble tilsatt.

Kommunens ønske om stabilitet ved boligen er forståelig og et moment som kan gjøre B og C, med sine arbeidserfaringer fra boligen, særlig egnede til stillingene fremfor andre søkere. Jeg finner imidlertid grunn til å sette et tydelig spørsmålsteget ved om denne erfaringen kan veie opp for mangel på fullført utdanning eller arbeidserfaring som hjelpepleier eller omsorgsarbeider. Jeg finner også grunn til å stille spørsmål om Bs tilknytning til brukerne kan veie opp for As utdanning både som hjelpepleier og omsorgsarbeider og hennes lange arbeidserfaring i kommunen.

Det vil langt på vei være opp til kommunen og tilsettingsmyndigheten å foreta den nærmere avveining av til dels motstridende skjønnsmessige momenter knyttet til de enkelte søkeres kvalifikasjoner. Ut fra de dokumenter som foreligger, og ut fra de svar kommunen har gitt ved undersøkelsen av saken herfra, fremstår det som A ble forbigått ved tilsettingene av hjelpepleiere/omsorgsarbeidere. En tilsettingssak involverer imidlertid også de som ble tilsatt i den utlyste stillingen. For å bøte på den urett som synes å være begått ovenfor A, ber jeg kommunen vurdere å gi henne en økonomisk kompensasjon. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av kommunens behandling av saken på bakgrunn av min uttalelse.»

17.

Tildeling av funksjon som kirkeforvalter til stilling som menighetsforvalter. Saksbehandling mv.

(Sak 2004–1067)

Spørsmål om opprettelse av ny stilling som kirkeforvalter. Krav til saksbehandlingen. Kvalifikasjonsprinsippet.

Ombudsmannen mente det var tvilsomt om det innenfor gjeldende stillingsstruktur var rettslig holdbart å organisere oppgavene som kirkeforvalter som en funksjon som kunne tillegges noen av menighetsforvalterstillingene.

Også under forutsetning av at saken gjaldt tildeling av funksjon mente ombudsmannen at kirkevergen og kirkelig fellestråds behandling av saken ga et uryddig inntrykk.

Fra 1. april 2003 ble Oslo delt inn i 11 kirkeforvalterområder og ett prostiforvalterområde. Kirkeforvalterfunksjon for kirkeforvalterområde X, som består av menighetene A, B, C, D og E, ble 10. februar 2003 utlyst internt blant menighetsforvalterne i A, B, C og D menighet med søknadsfrist 27. februar 2003. I én av menighetene i dette kirkeforvalterområdet, E menighet, var det på utlysningstidspunktet ledig et vikariat som menighetsforvalter. Kirkeforvalterfunksjon for kirkeforvalterområde X ble derfor også utlyst eksternt.

I den interne utlysningsteksten het det:

«Kirkeforvalterfunksjonen kan søkes av den som har eller søker menighetsforvalterstilling. Kirkeforvalterne vil få delegert arbeidsgiveransvar, og dessuten ha koordinering av fellestrådsoppgaver innenfor sitt område, så som drift av kirkebygg. Kirkeforvalter er nærmeste leder for menighetsforvalterne.

Kirkeforvalterfunksjonen er en prøveordning ut 2004. Fast tilsetning vil kunne skje uten ny utlysning. Funksjonen som kirkeforvalter vil også bli lyst ut internt for de øvrige menighetsforvaltere i det aktuelle området. Den som tilsettes vil være med å forme Kirken i Oslo, og inngå i kirkevergens utvidede ledergruppe.

For søkere til kirkeforvalterfunksjonen kreves 3-årig utdanning fra høyskole eller universitet og 1-årig tilleggsutdanning innen administrasjon og personalledelse. Kirkeforvalterfunksjon utløser en tilleggslønn. Søknaden merkes tydelig med hvilken/hvilke stillinger det søkes, og om det også søkes funksjonen som kirkeforvalter.»

Den eksterne utlysningen gjaldt i tillegg til kirkeforvalterfunksjonen i kirkeforvalterområde X og vikariatet i menighetsforvalterstillingen i E menighet også seks faste stillinger som menighetsforvalter i andre menigheter og kirkeforvalterfunksjonen i fem av de øvrige kirkeforvalterområdene. I den eksterne utlysningsteksten het det blant annet:

- «Menighetsforvalters ansvarsområde er å være daglig leder for menighetsrådets virksomhet, herunder økonomistyring og daglig arbeidsledelse for menighetens ansatte (ikke prestene)
- arbeide med tilrettelegging/gjennomføring av gudstjenester og kirkelige handlinger, kirkebokføring i samarbeid med prest
- koordinere menighetens frivillige arbeid.

Vi ønsker søkere med relevant høyskoleutdanning. Realkompetanse kan eventuelt kompensere for manglende formalkompetanse innenfor økonomistyring og administrasjon.

KIRKEFORVALTERFUNKSJON

Oslo er nå delt inn i kirkeforvalterområder. Hver menighet vil høre inn under et slikt område. For de menighetene som det nå lyses ut menighetsforvalterstilling i vil kirkeforvalterområdene være:

...

...

Som tillegg til fast stilling som menighetsforvalter kan også funksjon som kirkeforvalter søkes. Kirkeforvalterne vil få delegert arbeidsgiveransvar, og dessuten ha koordinering av fellesrådsoppgaver innenfor sitt område, så som drift av kirkebygg. Kirkeforvalter er nærmeste leder for menighetsforvalterne.

Kirkeforvalterfunksjonen er en prøveordning ut 2004. Fast tilsetting vil kunne skje uten ny utlysning. Funksjonen som kirkeforvalter vil også bli lyst ut internt for de øvrige menighetsforvaltere i det aktuelle området. Den som tilsettes vil være med å forme Kirken i Oslo, og inngå i kirkevergens utvidede ledergruppe.

For søkere til kirkeforvalterfunksjonen kreves 3-årig utdanning fra høyskole eller universitet og 1-årig tilleggsutdanning innen administrasjon og personaledelse. Kirkeforvalterfunksjonen utløser en tilleggs lønn.

...

Søknaden merkes tydelig med hvilken/hvilke stillinger det søkes, og om det også søkes funksjonen som kirkeforvalter»

Samtidig med utlysningene, 10. februar 2003, sendte Kirkevergen også et brev med oversikt over organisasjonsutviklingsprosjektet til de aktuelle menighetsrådene. I pkt. 2 i brevet til C menighetsråd het det:

«Ved tilsetting av kirkeforvalter for område X, ønsker kirkevergen at det oppnevnes en kontaktperson fra hvert sokn i området. Tilbakemelding om hvem som er valgt sendes kirkevergen innen 27.02.2003. Tilsetting i kirkeforvalterfunksjonen vil bli gjort i nær forståelse med disse kontaktpersonene. Dersom det kun er en kvalifisert søker, vil kirkevergen gi melding om dette.»

Y, menighetsforvalter i C siden 3. januar 2000, var én av to interne søkere til kirkeforvalterfunksjonen i område X. Z, som ble tildelt funksjonen, hadde hatt stillingen som menighetsforvalter i B siden 2000. I tillegg hadde han også innehatt funksjon som prostikordinator i Æ fra 2002.

I klagen hit anførte Y at hun på bakgrunn av kvalifikasjonskravene i kunngjøringen var forbigått ved tildelingen. Hun viste blant annet til at hun i motsetning til Z hadde 3-årig høyskoleutdanning. Y ba også ombudsmannen vurdere om de lovfestede og ulovfestede normer for forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk var fulgt i saken.

I brev herfra ble Kirkelig fellelsråd i Oslo (KfiO) bedt om å bekrefte om det var riktig at Z var blitt foretrukket ut fra sine personlige egenskaper for funksjonen. Ellers ble det bedt om merknader til Ys anførsel om at hun ikke ble innkalt til intervju selv om hun i sin stilling som menighetsforvalter i C menighet hadde hatt minimal kontakt med kirkevergen. I følge Y hadde Z som prostikordinator for Æ fra 2002 hatt hyppig kontakt med både kirkevergen selv og den øvrige administrasjonen i KfiO. Det ble også bedt opplyst om hvilke dokumenter som var tilgjengelige for kontaktpersonene fra de aktuelle menighetsrådene, og om de var tenkt å skulle avgi rent rådgivende uttalelser eller en innstilling som et nødvendig ledd i tilsettingsprosessen. Endelig ble det spurt om kontaktpersonen i C menighet hadde tilgang til søknadene med vedlegg slik at han kunne foreta en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av de to søkerne. Det ble også spurt om årsaken til at det ikke ble arrangert noe møte med kontaktpersonene.

I brev hit anførte Kirkelig fellelsråd i Oslo innledningsvis at saken gjaldt en funksjon og ikke en stilling, og begrunnet dette standpunktet slik:

«Funksjonen er opprettet i allerede eksisterende stillinger (menighetsforvalter). Funksjonen som kirkeforvalter kunne i utgangspunktet vært tildelt de respektive menighetsforvalterne uten noen forutgående prosess. Dette fordi det kun dreier seg om delegasjon av fullmakter som kirkevergen har i egenskap av daglig leder for Fellelsrådets virksomhetsområde. Det er flere grunner til at prosessen ikke ble gjennomført på en slik måte:

For det første er det i utgangspunktet tre instanser involvert i en menighet/sokn. Det er fellelsrådet med sine ansatte som utfører oppgaver i henhold til kirkelovens § 14, prestene som er statlige tjenestemenn og har bispedømmerrådet som arbeidsgiver, og menighetsrådet på sitt virksomhetsområde etter kirkelovens § 9. Det er derfor av største betydning med størst mulig grad av samhandling i den enkelte menighet, uten at dette endrer myndighet og beslutningskompetansen i de enkelte linjer.

For det andre ønsket kirkevergen en åpen prosess, hvor de som var interessert i slike utvidete arbeidsoppgaver kunne melde sin interesse. I utgangspunktet ble dette kunngjort internt blant menighetsforvalterne for hvert område. Fordi noen menighetsforvalterstillinger var ledige og skulle tilsettes, ble kirkeforvalterfunksjonen for disse områdene beskrevet i utlysningen av menighetsforvalterstillingene, og søkerne ble oppfordret til å tilkjennegi hvorvidt de ønsket en slik funksjon i tillegg til stillingen som menighetsforvalter.»

Som svar på spørsmålene herfra bekreftet Kirkelig fellestråd i Oslo at Y sto sterkere enn Z med hensyn til formelle kvalifikasjoner og at Z likevel ble foretrukket ut fra sine personlige egenskaper for stillingen. Det ble også bekreftet at Z i egenskap av sin tidligere funksjon som prostikoordinator hadde hatt hyppigere kontakt med kirkevergen og administrasjonen enn Y hadde hatt. Det ble videre anført at de som hadde innehatt funksjon som prostikoordinator hadde opparbeidet en faktisk kompetanse i forhold til viktige sider av den nye kirkeforvalterfunksjonen, og at dette var grunnen til at de formelle kvalifikasjonskravene var fraveket i to tilfeller, Z var ett av disse.

KfiO mente Ys anførsel om at hun hadde hatt minimal kontakt med kirkevergen var urimelig. I hennes tre og et halvt år som menighetsforvalter hadde hun i hele perioden vært i samhandling med fagavdelingene og kirkevergen som etat. Videre ble det anført at:

«Hun har deltatt på møter med administrasjon og kirkeverge, og har også vært på møter i egenskap av representant for en av fagorganisasjonene.

I tillegg hadde kirkevergen og Y et møte 22.01.2003 kl. 13.00 – 14.30. Møtet fant sted etter initiativ fra Y, og dreide seg i sin helhet om kirkeforvalterfunksjonen og Ys kvalifikasjoner i forhold til dette. Det var ikke formalisert som et intervju. Det ble heller ikke ført referat fra samtalen. Møteformen tilsa ikke det. Kirkeforvalterfunksjonen var under planlegging, men var enda ikke utlyst på dette tidspunktet. I forkant av dette møtet hadde kirkevergen på vanlig måte også innhentet vurderinger fra personalavdelingen. I samtalen konkluderte kirkevergen med at Y på dette tidspunkt ikke var kvalifisert for en så omfattende kirkeforvalteroppgave som i dette området. Kirkevergen pekte på forbedringspunkter i Ys nåværende stilling, og pekte på muligheten av å søke ledig stilling som menighetsforvalter i en annen menighet med kirkeforvalterfunksjon for et område med bare tre menigheter. Denne vurderingen ble gitt muntlig til Y under samtalen.

På denne bakgrunn ble det ikke senere i prosessen gjennomført ytterligere formelt intervju, fordi dette ble ansett unødvendig.»

Til spørsmålene herfra om hvilken rolle kontaktpersonene skulle ha i tilsettingsprosessen, og hvorfor kirkevergen ikke hadde møte med kontaktpersonen i C menighet svarte KfiO blant annet:

«Det har ikke vært meningen at disse kontaktpersonene skulle vurdere søkerens kvalifikasjoner, for deretter å fremme en innstilling. I brev av 10.02.2003 fra kirkevergen er dette forsøkt gjort rede for. Kontaktpersonenes rolle var derfor begrenset til å gi uttalelse i tilfeller der det var flere kvalifiserte søkere. Det fremgår også av brevets pkt 2 at dersom det kun er én kvalifisert søker, vil kirkevergen kun gi melding om dette.

I tillegg var deres rolle å kunne uttale seg om konsekvenser for sin menighet av de disponerin-

ger som ble foreslått av kirkevergen. Dersom for eksempel kirkeforvalterfunksjonen ble lagt til Y og C menighet, hadde det vært av stor betydning å drøfte konsekvensene for C menighetsråd med en representant derfra.

Vi har registrert i ettertid at det har vært uklare oppfatninger hos kontaktpersonene fra menighetsrådene rundt hvilken rolle de skulle ha i prosessen. Dette er beklagelig, men endrer ikke realitetene i den prosessen som er gjennomført.»

KfiO viste også til kirkevergens brev 17. mars 2003 til kontaktpersonene i kirkeforvalterområde X, og ga denne omtalen av innholdet i dette brevet:

«Her blir det gjort rede for søkerne, og det blir også gitt en vurdering. Vurderingen av Z konkluderer med at han er «godt kvalifisert til funksjonen». Vurderingen av Y er at hun «kan etter kirkevergens vurdering bli aktuell til funksjonen». Hun er altså ikke kvalifisert for denne funksjonen, og det foreligger derfor etter kirkevergens vurdering kun én kvalifisert søker.»

Videre het det i brevet fra KfiO:

«Kontaktpersonene fra menighetsrådene hadde ikke tilgang til søknader med vedlegg for å kunne foreta en sammenliknende kvalifikasjonsvurdering. [Det] lå ikke i deres rolle å foreta slik vurdering, og kirkevergen vurderte aldri å sende ut slike opplysninger til kontaktpersonene.

Dersom det var flere kompetente personer ville kirkevergen holde møte med kontaktpersonene fra menighetsrådene. I de områder hvor det var flere kvalifiserte søkere ble dette gjort. For dette området var det bare en søker som var kvalifisert som kirkeforvalter for dette området, [...]. Derfor ble det heller ikke avholdt noe slikt møte.»

Til svaret fra KfiO bemerket Y blant annet at:

«Kirkevergen viser til et møte 22. januar 2003 som angivelig i sin helhet skulle ha dreid seg om mine kvalifikasjoner for en eventuell fremtidig kirkeforvalterfunksjon.

Jeg ba selv om møte med kirkevergen, og mine forutsetninger for dette [var] noe langt annet enn kirkevergen har anført. Over en periode traff jeg kirkevergen i forskjellige møtesammenhenger, dels som menighetsforvalter og dels som fagforeningsrepresentant. De fleste møtene dreide seg om organisasjonsprosjektet.

Jeg var, og er fortsatt, kritisk til deler av saksbehandlingen i prosjektet. Dette sa jeg noe om i møtesammenhenger. Mine kritiske spørsmål var reist ut fra ønske om å ivareta menighetenes [dermed C menighets] lokale styringsrett. Flere forslag til endring har gått på å sentralisere myndighet til Fellestrådet.

...

I forhold til fagforeningsarbeidet har kritikken dreid seg om opplevelsen av at arbeidstakerorganisasjonene i altfor liten grad blir tatt med på reelle drøftinger, i forhold som rammes av lov og avtale, når det gjelder omorganisering.

...

Når jeg så ba om møte med kirkevergen var det ut fra en egen opplevelse av at jeg i møtene

ofte inntok en kritisk posisjon, [om organisasjonsutviklingsprosjektet som sådan og arbeidstakerorganisasjonenes deltakelse i dette arbeidet] men at jeg så det som viktig å formidle at C menighet og undertegnede, i stor grad var positivt innstilt til omorganiseringen.

... Mulighetene for en fremtidig tilsetning i kirkeforvalterfunksjon ble i meget liten grad berørt.

... Det var ingen informasjon verken i forkant, eller underveis i samtalen, som skulle tilsi at dette handlet om et intervju med tanke på tilsetning i kirkeforvalterfunksjon.»

Videre bemerket Y blant annet:

«Kirkevergen gjør i sitt brev et poeng av at kontaktpersonene kun skulle innkalles dersom det var flere kvalifiserte søkere. Han uttrykker videre at grunnen til at dette ikke ble gjort i denne saken, var at det kun var en kvalifisert søker.»

Y mente dette ikke harmonerte med kirkevergens uttalelse om at «begge kandidatene synes i utgangspunktet å kunne bekle funksjonen som kirkeforvalter».

I brev herfra ble KfiO bedt om eventuelle kommentarer til Ys anførsler.

I svarbrevet hevdet KfiO at det ikke var relevant hvorvidt Z oppfylte kvalifikasjonene i utlysningsteksten, og bemerket ellers blant annet at:

«Arbeidsbeskrivelsen for kirkeforvaltere redegjør for hvilke funksjoner kirkeforvalterne skal inneha. Her fremgår det tydelig hvilken funksjon dette er. Arbeidsmiljølov og inngått avtaleverk regulerer selvfølgelig ikke styring av funksjoner med bestemmelser om stillinger. Dette ligger som før påpekt i arbeidsgivers styringsrett, og de regler som regulerer dette.

... Det er store ulikheter mellom ansvar og arbeidsområder innenfor en rekke av de stillingskategorier som er tilsatt i KfiO. Lokale utfordringer, ulike sterke sider hos stillingsinnehaverne, og ressursituasjonen tilsier dette. Det er derfor ikke noe særskilt for kirkeforvalterne og kan ikke være et motargument til at funksjonen er opprettet i allerede eksisterende stillinger. Det er 49 menighetsforvalterstillinger i Oslo, 11 av disse har kirkeforvalteroppgaver i tillegg. Lover avtaler og forvaltningsmessige prinsipper er fulgt, og det dreier seg om en funksjon, ikke en stilling.»

KfiO fastholdt også at samtalen i møtet 22. januar 2003 mellom kirkevergen og Y

«dreide seg i stor grad om kirkeforvalterfunksjonen, og Ys mulighet for å få slik funksjon, først og fremst i kirkeforvalterområdet hun nå arbeider i, men og i andre områder. Kvalifikasjoner var et sentralt tema. At det ikke hadde karakter av intervju er naturlig så lenge det ikke handler om en stilling, men hvilke oppgaver kirkevergen ønsket å plassere hos en del av sine arbeidstakere. En sammenligning med en medarbeidersamtale er vesentlig nærmere enn et in-

tervju. Kirkevergen ga i møtet sin vurdering av Ys kvalifikasjoner i forhold til dette, og senere gjentas de samme vurderingene skriftlig, jfr. brev av 17.03.2003 til representantene for menighetsrådene i dette kirkeforvalterområdet.»

Etter at Y hadde gitt ombudsmannen sine bemerkninger til dette brevet fra KfiO, opplyste KfiO at fellestrådet ikke hadde ytterligere merknader i saken.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Kirkeforvalter – funksjon som del av stillingen som menighetsforvalter eller ny stilling?»

1. Et underliggende, men likevel sentralt og vesentlig spørsmål i saken, har vært om funksjonen som kirkeforvalter lar seg kombinere med menighetsforvalterstillingen eller om kirkeforvalterfunksjonen må anses som en selvstendig «stilling» i forhold til menighetsforvalterstillingen. For ordens skyld finner jeg grunn til å påpeke at langt på vei er kravene til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk sammenfallende for tilsetninger og tildeling av internt utlyste funksjoner. Det kan i begge tilfeller være tale om minimumskrav til den fremgangsmåten som skal følges. I begge tilfeller kan det også være sammenfallende materielle regler eller krav. For eksempel er utgangspunktet at kvalifikasjonsprinsippet ikke bare gjelder ved tilsetning, men også ved tildeling av funksjoner. På den annen side vil nok det omfattende regelverket som ligger til grunn for tilsetninger, i en del situasjoner ha spesifikke handlingsregler for tilsetningsmyndigheten som ikke alltid har noe tydelig motstykke i mer generelle normer om forsvarlig saksbehandling og krav om å opptrø i samsvar med god forvaltningsskikk.

2. I forbindelse med undersøkelsene herfra har kirkevergen begrunnet sitt standpunkt om at kirkeforvalterens oppgaver var en funksjon og ikke en stilling med at «(F)unksjonen er opprettet i allerede eksisterende stillinger (menighetsforvalter)». Kirkevergen mente også at funksjonen som kirkeforvalter i utgangspunktet kunne vært tildelt de respektive menighetsforvalterne uten noen forutgående prosess. Synspunktet ble hovedsakelig begrunnet med at «det kun dreier seg om delegasjon av fullmakter som kirkevergen har i egenskap av daglig leder for Fellestrådets virksomhetsområde.»

3. Etter min mening er det ikke avgjørende om funksjonen er «opprettet i allerede eksisterende stillinger». For at det er rettslig holdbart å legge en bestemt ny funksjon til en eksisterende stilling kreves i alminnelighet at den nye funksjonen lar seg kombinere med de oppgaver og funksjoner som allerede ligger i den eksisterende stillingen.

4. I den interne og den eksterne utlysningsteksten ble kirkeforvalterfunksjonen beskrevet slik:

«Kirkeforvalterfunksjonen kan søkes av den som har eller søker menighetsforvalterstilling. Kirkeforvalterne vil få delegert arbeidsgiveransvar, og dessuten ha koordinering av fellesrådsoppgaver innenfor sitt område, så som drift av kirkebygg. Kirkeforvalter er nærmeste leder for menighetsforvalterne.

Kirkeforvalterfunksjonen er en prøveordning ut 2004. Fast tilsetning vil kunne skje uten ny utlysning. Funksjonen som kirkeforvalter vil også bli lyst ut internt for de øvrige menighetsforvaltere i det aktuelle området. Den som tilsettes vil være med å forme Kirken i Oslo, og inngå i kirkevergens utvidede ledergruppe.»

5. Av utlysningsteksten fremgår at kirkeforvalteren skal være nærmeste leder for menighetsforvalteren innen «sitt» kirkeforvalterområde.

I «Arbeidsbeskrivelse for kirkeforvalter» som fulgte som vedlegg til Ys brev hit 8. september 2003 er kirkeforvalterens «ledelse» av menighetsforvalterne beskrevet nærmere. Her går det blant annet frem at kirkeforvalteren skal gjennomføre medarbeidersamtaler med alle menighetsforvalterne i sitt område og eventuelt følge opp avtaler om aktuelle tiltak. Videre går det også frem at kirkeforvalteren er nærmeste overordnet for alle KfiO-ansatte i eget kirkeforvalterområde.

I brevet til Oslo bispedømmeråd 1. august 2003 har KfiO oppsummert kirkeforvalternes ansvar og myndighet til at «kirkeforvalterne» er delegert kirkevergens ansvars- og myndighetsforhold i personalspørsmål, da i henhold til det som fremgår av arbeidsbeskrivelsene».

6. En viktig del av arbeidsgivers oppgaver er arbeidsgivers kontrollansvar overfor sine underordnede. En kombinasjon av menighetsforvalterstillingen med kirkeforvalterfunksjon ville da bety at kirkeforvalteren i vesentlig grad skal kontrollere seg selv. Dette tilsier at det kan være mer nærliggende å se kirkeforvalteroppgavene som en ny stilling og ikke bare en utvidelse av tidligere menighetsforvalterstilling med ny eller nye funksjoner. Det fremgår der nest av utlysningstekstene at det kan bli aktuelt med fast tilsetning som kirkeforvalter når prøveordningen er over ved utgangen av 2004. Tildeling av en funksjon er i motsetning til tilsetning i en stilling vanligvis ikke «fast», selv om funksjonstiden verken behøver å være fast angitt eller på annen måte forhåndsbestemt i arbeidsavtalen. Så vel arbeidsgiver som den som innehar funksjonen kan ta initiativ til at funksjonen skal overføres til en annen eller opphøre, uten at de oppsigelsesregler som gjelder for stillinger i egentlig forstand kommer til anvendelse. Videre var funksjonen her – etter det jeg forstår – stillet i utsikt å gli over i fast stilling uten ny utlysning, et forhold som kan underbygge at det fra først av må være å anse som en tilsetning i stilling. Det var dessuten tale om en lønnsmessig uttelling, uten at det for så vidt er uforenlig med bruk av styringsretten til å opprette en funksjon.

Etter dette kan jeg vanskelig forstå at menighetsforvalterstillingen lar seg kombinere med funksjon som kirkeforvalter. Mitt standpunkt er derfor at kirkevergens syn om at han sto fritt til å tildele kirkeforvalterfunksjonen som tilleggsoppgaver til enkelte av menighetsforvalterstillingene neppe er rettslig holdbart. Gitt den organisasjonsform og stillingsstruktur som ellers gjelder innenfor KfiOs virksomhetsområde burde kirkeforvalterfunksjonen etter min mening vært opprettet i egne stillinger. Av mitt standpunkt følger at opprettelse av stillingene, utlysningen, behandlingen og vurderingen av søknadene samt tilsettingene skulle fulgt de regelverk som gjelder for tilsetninger i lederstillinger i KfiO, jf. kirkeloven § 14, forskriften av 15. november 1996 om regler for formene for menighetsrådets og kirkelig fellesråds virksomhet §§ 7 og 8 og tilsettingsreglementet for KfiO.

7. Saksdokumentene viser at «kirkeforvalteroppgavene» i Nordre Aker prosti er tillagt en egen stilling, kalt «prostiforvalter», mens det er forutsatt at de øvrige 11 «kirkeforvalterne» skal kombinere disse oppgavene med stillingen som menighetsforvaltere. Prostiforvalterstillingen i Nordre Aker prosti viser at kirkevergens begrunnelse for at de øvrige kirkeforvalterne har funksjoner fordi «det kun dreier seg om delegasjon av fullmakter som kirkevergen har i egenskap av daglig leder for Fellesrådets virksomhetsområde» ikke kan tillegges særlig vekt. I denne sammenheng finner jeg også grunn til å påpeke at den fullmakt som er tillagt mange ledende stillinger i offentlige instanser og etater nettopp er basert på delegert myndighet.

Saksbehandlingen – Nedtegning av opplysninger

8. Det fremgår av Ys henvendelse hit at hun mener hun burde vært innkalt til et formelt intervju. Hun begrunnet dette med at hun, bortsett fra en personlig samtale i januar 2003, før kirkeforvalterfunksjonen var utlyst, hadde hatt minimal kontakt med kirkevergen etter at han tiltrådte sin stilling i april 2002.

9. Undersøkelsene herfra har tydeliggjort at kirkevergen og Y har forskjellige oppfatninger om hensikten med, tema for og hva som ble sagt under deres samtale 22. januar 2003.

10. På bakgrunn av de tilsendte saksdokumentene legger jeg til grunn at opprettelsen av kirkeforvalterfunksjonen var godt kjent for menighetene og de aktuelle menighetsforvalterne før 22. januar 2003, selv om funksjonen/stillingen enda ikke var utlyst. Jeg forstår kirkevergen slik at han mener samtalen nærmest i sin helhet dreide seg om kirkeforvalterfunksjonen, dels i Ys eget kirkeforvalterområde og dels i mindre kirkeforvalterområder. I følge kirkevergen var Ys kvalifikasjoner for kirkeforvalterfunksjonen i disse områdene et sentralt tema, slik at dette var grunnen til at det «ikke senere i prosessen

(ble) gjennomført ytterligere formelt intervju, fordi dette ble ansett unødvendig».

11. Ys oppfatning av samtalen var derimot at hennes muligheter «for en fremtidig tilsetting i kirkeforvalterfunksjon ble i meget liten grad berørt». Hit har hun opplyst at hennes intensjon med å be om dette møtet var å formidle at C menighet og hun selv «i stor grad var positivt innstilt til omorganiseringen» selv om hun «i møtene ofte inntok en kritisk posisjon, (om organisasjonsutviklingsprosjektet som sådan og arbeidstakerorganisasjonenes deltakelse i dette arbeidet)». I følge Y fikk hun ingen informasjon verken i forkant, eller underveis i samtalen, som skulle tilsi at dette handlet om et intervju eller på annen måte var en del av prosessen med tanke på tildeling/tilsetting i kirkeforvalterfunksjon.

12. Undersøkelsene herfra må begrenses til en gjennomgang av det skriftlige materialet i saken. Uenighet om tema i samtalen og hva som faktisk ble sagt er derfor dårlig egnet for avklaring herfra. I forhold til ansatte som har tillitsmannsverv er det etter min mening viktig at arbeidsgiver er bevisst på å skille klart mellom den ansattes utøvelse av oppgavene som tillitsmann og den ansattes utførelse av sine ordinære arbeidsoppgaver. Slik saken er opplyst under undersøkelsene herfra, går det ikke klart frem om kirkevergen og hans etat har lykkes helt i å trekke dette skillet på en tilfredsstillende måte i denne saken.

13. I følge kirkevergen tilsa ikke møteformen at det var grunn til å føre referat fra samtalen. Jeg finner da grunn til å bemerke at etter god forvaltnings-skikk er det ikke møteformen som er avgjørende for referatbehovet, men tema og de meningsytringer og opplysninger som kommer frem under møtet. Slik saken er opplyst, synes det vanskelig å vite om kirkevergen og Y hadde sammenfallende oppfatninger om hensikten med møtet 22. januar 2003. Kirkevergen har opplyst at han «på vanlig måte også innhentet vurderinger fra personalavdelingen». Kirkevergen har ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hva det siktes til med «på vanlig måte». I vedlegg 1 side 8 (6) til brevet 9. oktober 2003 ga kirkevergen uttrykk for at det at møtet «ikke hadde karakter av intervju er naturlig så lenge det ikke handler om en stilling, men hvilke oppgaver kirkevergen ønsket å plassere hos en del av sine arbeidstakere. En sammenligning med en medarbeidersamtale er vesentlig nærmere enn et intervju.»

14. Hvis kirkevergen mente at samtalen i større eller mindre utstrekning hadde karakter av en medarbeidersamtale burde kirkevergen etter min mening forsikret seg om at Y var inneforstått med det i god tid før møtet ble avholdt. Det vises til at medarbeidersamtaler skal avtales i god tid slik at begge parter har anledning til forberede seg på en samtale av slik karakter. Det er kritikkverdig hvis dette ikke ble gjort.

15. Ovenfor har jeg antatt at det ut fra gjeldende stillingsstruktur i KfiO nok ikke var rettslig holdbart å organisere oppgavene som kirkeforvalter som en funksjon som kunne tildeles enkelte menighetsforvalterstillinger etter intern søknad. Av dette følger også at kirkevergen heller ikke ville hatt tilstrekkelig hjemmel i sin styringsrett som arbeidsgiver til å plassere «kirkeforvalteroppgavene» hos utvalgte medarbeidere etter eget ønske uten utlysning. Denne saken gjør det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på dette. Slik jeg forstår opplysningene i saksdokumentene, er realiteten at «kirkeforvalterfunksjonen» ble utlyst internt (for allerede tilsatte menighetsforvaltere) og eksternt (i forbindelse med ledige menighetsforvalterstillinger) og at utlysningene inneholdt konkrete kvalifikasjonskrav slik at kvalifikasjonsprinsippet kom direkte til anvendelse, jf. nedenfor. Kvalifikasjonsprinsippet forutsetter at tilsetningsmyndigheten opplyser saken på en måte som er egnet til å sikre at den som er best kvalifisert blir tilsatt, jf. prinsippet i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17. Saksbehandlingen bør også utad fremstå som forsvarlig og egnet til å gi søkerne tillit til tildelings- eller tilsetningsbeslutningen.

16. I forbindelse med undersøkelsene herfra har KfiO opplyst at kirkevergen i samtalen 22. januar 2003 konkluderte med at Y da ikke var kvalifisert for en så omfattende kirkeforvalteroppgave som i hennes område. Etter det som er opplyst hadde kirkevergen pekt på forbedringspunkter i Ys daværende stilling, «bl.a. i forhold til samhandling», og også pekt på muligheten av å søke ledig stilling som menighetsforvalter i en annen menighet med kirkeforvalterfunksjon for et område med bare tre menigheter. Det er opplyst at denne vurderingen ble gitt muntlig til Y under samtalen. For øvrig fremkommer ikke noen nærmere redegjørelse for hva som lå bak kirkevergens påpekning av at Y hadde forbedringspunkter i sin stilling.

17. Det foreligger ikke noen absolutt plikt til å nedtegne referat fra en slik samtale. Denne saken viser imidlertid at det ville ha vært en fordel om det var blitt gjort. Dette ville på en bedre måte ha sikret muligheten for i ettertid å kunne etterprøve om kirkevergens undersøkelses- og opplysningsplikt var ivaretatt når han i hovedsak på grunnlag av denne samtalen fant det unødvendig med ytterligere intervju med henne før tilsetting av kirkeforvalter i Ys område. For å sikre dokumentasjon i en slik sammenheng burde det derfor vært skrevet referat. Etter min oppfatning tilsier også ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling at det burde blitt skrevet en form for referat fra den aktuelle samtalen i en sak som denne. Det vil spesielt være nærliggende så fremt kirkevergen før samtalen hadde tiltenkt å gi en tilbakemelding til Y som gikk ut på at hun da ikke var aktuell til kirkeforvalterfunksjonen. Om en slik nedtegning kunne forventes å avspeile en enighet mellom partene om hva som ble uttrykt, er ikke gitt. Jeg vil like-

vel be KfiO om å merke seg dette, med tanke på eventuelle lignende saker i fremtiden.

Kontaktpersonenes rolle ved tilsetting av kirkeforvalter i Ys område

18. Et sentralt punkt i Ys klage hit var også at menighetsrådenes kontaktpersoner ikke fikk noen reell mulighet til å påvirke tilsettingen, slik som angitt i kirkevergens brev 12. februar 2003 til menighetsrådene.

19. I forbindelse med undersøkelsene herfra er dette punktet i Ys klage blitt vurdert under den forutsetning at det var lovlig adgang til å anse kirkeforvalterens oppgaver som funksjoner som kunne kombineres med stillingen som menighetsforvalter.

20. På bakgrunn av min konklusjon ovenfor om at det innenfor gjeldende stillingsstruktur nok ikke var rettslig holdbart å opprette kirkeforvalterfunksjonen som et tillegg til enkelte av menighetsforvalterstillingene, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på de vurderinger som er gjort her på dette punkt. Tilsettingene skulle som nevnt etter min mening vært behandlet etter de lovbestemmelser og øvrige regelverk som gjelder for tilsettinger i lederstillinger i KfiO, jf. foran. Jeg antar derfor at det i henhold til tilsetningsreglementet § 10 femte avsnitt er kirkelig administrasjonsutvalg som var rett tilsetningsmyndighet ved tilsetting av kirkeforvalter. Ellers legger jeg også til grunn at de aktuelle menighetsråd har uttalerett i slike tilsettingssaker med hjemmel i kirkeloven § 14 tredje ledd annet punktum, samt at innstilling som gjelder tilsetting av kirkeforvalter skal sendes aktuelle arbeidstakerorganisasjoner til uttalelse i henhold til tilsetningsreglementet § 6 siste ledd.

21. For ordens skyld vil jeg likevel bemerke at jeg forstår brevet hit 12. august 2003 slik at KfiO har beklaget at utformingen av pkt. 2 i brevet 12. februar 2003 til menighetsrådene førte til uklare oppfatninger hos kontaktpersonene fra menighetsrådene rundt hvilken rolle de skulle ha i tilsetningsprosessen. Det er viktig at slike oppgaver og roller er klart definert og forklart i god tid før oppgavene forventes utført. Opplysningene om og beskrivelsen av kontaktpersonenes roller og oppgaver i pkt. 2 i brevet 12. februar 2003 er ikke tilfredsstillende i så måte. Beklagelsen fra KfiO på dette punkt er derfor på sin plass.

Kvalifikasjonsvurderingen

22. Siktemålet i en tilsettingssak – eller ved tildeling av ny funksjon til stillinger i organisasjonen – vil i alminnelighet være å finne frem til den som etter en helhetsvurdering må anses best kvalifisert. Sentrale momenter i denne helhetsvurderingen vil være den enkeltes utdanning, praksis og personlige skikkethet.

23. I den interne utlysningen var kvalifikasjonskravene til kirkeforvalteren angitt slik:

«Kirkeforvalterfunksjonen kan søkes av den som har eller søker menighetsforvalterstilling.

...

For søkere til kirkeforvalterfunksjonen kreves 3-årig utdanning fra høyskole eller universitet og 1-årig tilleggsutdanning innen administrasjon og personalledelse.»

24. På bakgrunn av kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten mente Y at hun ble forbigått. Hun begrunnet dette spesielt med at det ikke fremgikk av utlysningen at realkompetanse kunne kompensere for formell utdanning.

25. KfiO bekreftet så at Y sto sterkere enn Z med hensyn til formelle kvalifikasjoner. Z var likevel blitt foretrukket ut fra sine personlige egenskaper for stillingen. Ellers opplyste KfiO i samme brev at Z hadde opparbeidet seg faktisk kompetanse i forhold til viktige sider ved den nye kirkeforvalterfunksjonen gjennom sin funksjon som prostikoordinator. Det var grunnen til at KfiO hadde fraveket de formelle kvalifikasjonskravene i dette tilfellet.

26. Slik jeg forstår dette punktet i KfiOs brev hit er det vanskelig helt å se sammenhengen mellom denne redegjørelsen og KfiOs presisering i brevet 9. oktober 2003 av sitt syn på kvalifikasjonskravene til allerede tilsatte menighetsforvaltere: Her hevdet KfiO at spørsmålet om Z oppfylte kvalifikasjonene i utlysningsteksten ikke var relevant. I den nærmere begrunnelsen for dette standpunktet het det i hovedsak:

«For det første var Z menighetsforvalter i B sokn (menighet) på utlysningstidspunktet. Utlysningsteksten gjaldt for menighetsforvaltere i navngitte sokn. E sokn er i det angjeldende kirkeforvalterområdet. Således er dette området tatt med i utlysningsteksten. Samtidig gjøres det i annonsen kjent at funksjonen som kirkeforvalter i 11 områder i hele Oslo skal etableres. I utlysningsteksten nevnes det 6 områder. De resterende 5 områdene som det ikke skal rekrutteres nye menighetsforvaltere til, er ikke tatt med. Utlysningsteksten av kirkeforvalterfunksjonen gjelder derfor direkte kun for søkere til menighetsforvalterstillingene som er utlyst, og som i tillegg ønsker funksjonen som kirkeforvalter for sitt område, altså for nyrekrutteringene.

...

...I utgangspunktet regnet vi alle menighetsforvalterne som kompetente for kirkeforvalterfunksjonen, og Z skulle således ikke gjennom en ny vurdering av kompetansekravet.

Av denne grunn ble kirkeforvalterfunksjonen også kunngjort internt til alle menighetsforvalterne i Oslo, uten at formelle kvalifikasjonskrav ble presisert. Vår beslutning om at alle menighetsforvalterne var *formelt* kvalifiserte for funksjonen lå da i bunn, og det gjenstod kun en ren egnethetsvurdering. For dette konkrete kirkeforvalterområdet ville dermed den som søkte menighetsforvalterstillingen på E måtte innfri det formelle kvalifikasjonskravet, dersom vedkommende etter en fast tilsetting og på et senere tidspunkt ønsket å søke kirkeforvalterfunksjonen. De øvrige menighetsforvalterne som tidligere var tilsatt i området, og som meldte sin interesse

for funksjonen som kirkeforvalter, var alle vurdert som formelt kvalifiserte, jfr. det som er sagt over.

Z oppfyller ikke utdanningskravet i utlysningsteksten. På bakgrunn av det som er skrevet over, gjelder heller ikke dette kravet verken han eller Y. ...

... Alle menighetsforvaltere er skriftlig og muntlig gjort kjent med kirkeforvalterordningen og oppfordret til å søke, uten at noen kvalifikasjonskrav er nevnt. Og det ville aldri bli aktuelt at noen som ikke var menighetsforvaltere ville kunne utøve funksjonen som kirkeforvalter. Dette belyser ytterligere at det dreier seg om en funksjon knyttet til en menighetsforvalterstilling, og ikke en selvstendig stilling.»

27. Slik saken er opplyst her, synes det ikke nærliggende å se det slik at kvalifikasjonskravene til søkere til kirkeforvalterfunksjonen i den interne utlysningsteksten likevel ikke skulle gjelde for allerede tilsatte menighetsforvaltere. Hvis det var KfiOs intensjon at disse kvalifikasjonskravene ikke skulle gjelde for de som alt hadde menighetsforvalterstillinger, burde det gått klart frem av utlysningsteksten, men det gjorde det ikke. Denne uklarheten gir derfor grunn til kritikk.

28. KfiO synes å ha lagt vesentlig vekt på søkerens personlige egenskaper for sin beslutning. Dette er et saklig moment. Siden saksbehandlingen for ombudsmannen er skriftlig, er det i utgangspunktet vanskelig for meg å overprøve vurderingene her. På grunnlag av undersøkelsene herfra er jeg likevel i tvil om KfiO sørget for å undersøke Ys personlige egenskaper for kirkeforvalterfunksjonen tilstrekkelig grundig til å ha et forsvarlig sammenlignende vurderingsgrunnlag da beslutningene ble fattet, jf. mine kritiske bemerkninger i tilknytning til KfiOs og kirkevergens håndtering, vurdering og vektlegging av samtalen 22. januar 2003 mellom kirkevergen og Y. Denne kritikken er like aktuell hva enten saken bedømmes som en tildeling av en funksjon eller som i realiteten tilsetting i stilling.

Oppsummering

29. Generelt vil jeg bemerke at også under forutsetning av at saken gjelder tildeling av funksjon gir kirkevergen og KfiOs behandling av denne saken et uryddig inntrykk. Det kan virke som om kirkevergen og KfiO ikke har hatt tilstrekkelig fokus på betydningen av klarhet og ryddighet under saksbehandlingen, sett i forhold til de angitte rammene for prosessen også ved kvalifikasjonskravene til søkerne i utlysningstekstene og i informasjonsskriv til menighetsrådene. Som det fremgår ovenfor har jeg kommet til at det er tvilsomt om det innenfor KfiOs gjeldende stillingsstruktur er rettslig holdbart å organisere oppgavene som kirkeforvalter som en funksjon som kan tillegges noen av menighetsforvalterstillingene. Jeg vil derfor anmode KfiO om å vurdere om organiseringen av kirkeforvalteroppgavene bør gjen-

nomgås på nytt og eventuelt gjøre de nødvendige endringer i stillingsstrukturen innen KfiOs virksomhetsområde som mine bemerkninger ovenfor kan tilsi.

31. Når det gjelder den konkrete tilsetningsaken som lå til grunn for klagen hit, vil jeg be KfiO vurdere på nytt om saken var tilstrekkelig utredet og opplyst da Z ble tilsatt som kirkeforvalter i kirkeforvalterområde X. KfiO bes i tillegg vurdere hva som eventuelt kan gjøres i forhold til Y for å bøte på de feil som kan ha blitt gjort i forhold til henne.»

18.

Tjenstlig tilrettevisning – yringsfrihet mv.

(Sak 2004–1394)

En rådgiver i et statlig direktorat hadde skrevet et kritisk leserinnlegg om en sak han hadde arbeidet med, og navn, tittel og arbeidssted var oppgitt. Han hadde også utlevert organinterne dokumenter om samme sak til utenforstående. For disse forholdene ble han gitt en skriftlig tjenstlig tilrettevisning, og direktoratet viste blant annet til at angivelsen av tittel og arbeidssted ga inntrykk av at artikkelen uttrykte arbeidsgivers offisielle oppfatning.

Ombudsmannen understreket at offentlig tilsatte har yringsfrihet også om forhold som hører inn under deres arbeidsområde. Slik artikkelen fremstod, var det vanskelig å se at det forelå en slik fare for identifikasjon mellom artikkelforfatteren og arbeidsgiveren som direktoratet hadde påberopt, og begrunnelsen for tilrettevisningen var således ikke treffende på dette punktet. Et forhold som var nevnt i tilrettevisningen, var at A hadde overlevert interne dokumenter til ombudsmannen. Dette punktet burde ikke vært tatt med. Det var imidlertid ikke grunnlag for å kritisere tilrettevisningen når det gjaldt overlevering av interne dokumenter til en rådgiver tilknyttet en partigruppe i Stortinget.

Det statlige direktoratet ga klageren (A) en tjenstlig tilrettevisning i et brev der det het:

«Arbeidsgiver legger til grunn at du har vedlagt interne dokumenter i privat klage til Sivilombudsmannen 8. oktober 2001. Videre har du som rådgiver i ... direktoratet skrevet leserinnlegg i Aftenposten ..., og senere også utlevert interne sakspapirer til utenforstående; SVs stortingsgruppe, uten at dette var klarert med overordnet avdelingsdirektør.

En slik måte å opptre på som saksbehandler anser arbeidsgiver som uakseptabel. Leserinnlegg underskrevet med tittel og arbeidssted gir inntrykk av at innholdet gir uttrykk for arbeidsgivers offisielle oppfatning. Slike innlegg er egnet til å skape mistillit både fra våre overordnede myndigheter, publikum og internt i direktoratet. Direktoratets kontakt med Stortinget skal gå via departementet og en direkte utlevering av interne dokumenter har satt direktoratet i forlegenhet i forhold til departementet.

Slik arbeidsgiver vurderer disse forhold, har du med dette overtrådt den lojalitetsplikt du har overfor arbeidsgiver og de alminnelige saksbehandlingsregler. Vi finner grunnlag for å gi deg en skriftlig tjenstlig tilrettevisning i henhold til tjenestemannslovens § 14 nr. 2, 3. ledd. Reaksjonsformen er ikke å anse som en ordensstraff og den nedtegnes ikke i personalmappen. Beslutningen om tjenstlig tilrettevisning er ikke et enkeltvedtak og kan ikke påklages.

Dersom du i fremtiden velger å gjenta handlinger av slik art som nevnt ovenfor, vil det kunne få alvorligere konsekvenser for ditt arbeidsforhold.»

Forut for tilrettevisningen var det avholdt et møte 7. juni 2002 mellom klageren og arbeidsgiveren, der også tillitsvalgte deltok. De forhold som var grunnlaget for tilrettevisningen, ble drøftet med utgangspunkt i As bruk av interne dokumenter. Det ble utarbeidet et skriftlig referat, som A fikk anledning til å kommentere.

I klagen til ombudsmannen anførte A at direktoratet etter hans oppfatning hadde gjort urett mot pensjonistene. Han hadde ikke vunnet gehør for sitt syn innad i etaten, og viste bl.a. til at han hadde skrevet et brev til direktøren som direktoratet ikke hadde villet journalføre. Han mente seg berettiget til offentlig å kritisere det standpunkt direktoratet hadde inntatt i den aktuelle saken gjennom et leserinnlegg i Aftenposten. Han utleverte også interne dokumenter til en rådgiver knyttet til Stortinget. Han ønsket ombudsmannens vurdering av om det var «kritikkverdig eller rosverdig å «si fra»».

Klagen ble herfra forelagt direktoratet. I svarbrevet ble det bl.a. presisert at oversendelsen av interne dokumenter til ombudsmannen ikke var en del av grunnlaget for tilrettevisningen. For øvrig het det i brevet:

«*Vedrørende punkt 1:*

Skriftlig saksbehandling internt i direktoratet skjer normalt i form av notater. A ble den 11. juni 2001 bedt av overordnet kontorsjef om å skrive et notat om den aktuelle saken, som ledd i avdelings interne saksforberedelse. A utkvitterte anmodningen med dokumentet datert 15. juni 2001. De dokumenter som en saksbehandler produserer, knyttet til de saker vedkommende arbeider med, behandles som organinterne dokumenter. Direktoratet journalfører ikke interne dokumenter, jf. forskrift om offentlige arkiv 11. desember 1998 nr. 1193 § 2–6. Dette er et generelt prinsipp.

Ved oversendelsen av saken til departementet 9. juli 2001 var notat av 15. mai 2001 fra vårt juridiske kontor vedlagt. Disse dokumentene gir en sammenfatning av de hovedspørsmål som hadde vært framme i den interne diskusjonen. De ulike synspunktene ble nærmere utdypet i et møte 21. august 2001. Departementet ble også orientert om at det forelå ytterligere saksmateriale. Fra departementets side ble det uttrykt at de ville komme tilbake til saken, hvis de hadde behov for ytterligere informasjon. Direktoratet fikk ingen forespørsler om dette.

Vedrørende punkt 2:

I direktoratet er det en rekke personer i ulike stillinger som etter fullmakt fra direktøren representerer etaten utad, både skriftlig og muntlig, ikke kun direktoratets leder eller informasjonssjef. Det vises i denne sammenheng til retningslinjene for «Direktoratet og mediene» fra 1994, jf. vedlegg 7. Her heter det bl.a.:

«Vår policy og praksis når det gjelder mediekontakt, er utpreget desentralisert. Alle som uttaler seg til mediene, gjør det på vegne av etaten og må kjenne til og følge etatens policy og vedtak. Innholdet i uttalelsene må være forankret i overordnede retningslinjer og signaler som er gitt av etatsledelsen og de politiske myndigheter.

Medarbeidere uttaler seg innenfor eget myndighetsområde, og om etatens generelle policy bare dersom dette er avklart på forhånd.»»

Klageren kom tilbake til saken i et brev der han bl.a. informerte om det han oppfattet som arbeidsgiverens informasjonskontroll. En kopi av brevet ble herfra sendt direktoratet, som ble bedt om å utdype den delen av grunnlaget for tilrettevisningen som gjaldt leserinnlegget. I svarbrevet uttalte direktoratet bl.a.:

«I vårt brev til ombudsmannen av 01.07.2003 er det gitt en redegjørelse for retningslinjene for «etaten og mediene» fra 1994. Det går her klart fram at uttalelser til media skal være forankret i signaler gitt av etatsledelsen og de politiske myndigheter, samt at uttalelser bare skal gis dersom de er avklart på forhånd.

Dette er vel etablerte retningslinjer. I tillegg til etatens ansatte vil mange utenforstående også kjenne dem. Et viktig mål med retningslinjene er nettopp at det skal være forutsigbarhet i og tillit til etatens mediehandling. Omverdenen skal ikke selv måtte vurdere hva slags status innlegg signert etaten har. Et klart skille mellom enkeltpersoners private standpunkter og utspill fra etaten er nødvendig for at etaten skal kunne fylle sin direktoratsrolle som informator og deltaker i faglig debatt ... Brudd på retningslinjene vil svekke en slik nødvendig forutsigbarhet og tillit, og det kan ta lang tid å bygge den opp igjen. A skrev innlegg om samme sak i Dagbladet 16. november 2002 og 11. mars 2003, uten bruk av tittel. Arbeidsgiver har ikke funnet grunnlag for reaksjoner etter disse innleggene.»

Senere ble direktoratet herfra forelagt spørsmål omkring klagerens utlevering av interne dokumenter til en rådgiver tilknyttet SVs stortingsgruppe. Direktoratet oversendte deretter de aktuelle dokumentene, samt interne rutiner for behandling av innsynsbegjæringer. Det ble under henvisning til rutinene opplyst at det er fast praksis «at vedkommende kontor (dette vil si kontorsjef eller enhetsleder) skal samtykke i utleveringen før dokumentene frigis». Det var også fast praksis å varsle departementet «dersom sak som kan ha betydning for deres arbeid blir utlevert, slik at de i nødvendig grad kan gjøre seg kjent med saken».

I min avsluttende uttalelse fremholdt jeg:

«1. Innledning – oversendelsen av dokumenter til ombudsmannen

Grunnlaget for tilrettevisningen fremstod å være leserinnlegget i Aftenposten ..., utleveringen av interne dokumenter til en rådgiver tilknyttet SVs stortingsgruppe, og oversendelsen av dokumenter til ombudsmannen. Utlevering av dokumenter til ombudsmannen er senere opplyst ikke å være en del av grunnlaget. I brev hit 1. juli 2003 uttalte direktoratet at «de formuleringer som er valgt» knyttet til omtalen av klagerens oversendelse av interne dokumenter til ombudsmannen, «kan være uheldige». Det må være klart at oversendelsen av slike dokumenter til ombudsmannen ikke burde vært tatt med i tilrettevisningen.

2. Journalføring

I klagen opplyste A at han kritiserte direktoratet i et brev datert 15. juni 2001. Brevet ble imidlertid ikke journalført som et brev til etaten. Han opplyste at brevet ble behandlet som et internt notat med det formål å unnta brevet fra offentlighet. På spørsmål herfra opplyste direktoratet, som det fremgår ovenfor, at dokumenter «som en saksbehandler produserer, knyttet til de saker vedkommende arbeider med, behandles som organinterne dokumenter. Direktoratet journalfører ikke interne dokumenter, jf. forskrift om offentlig arkiv 11. desember 1998 nr. 1193 § 2–6. Dette er et generelt prinsipp.»

Det aktuelle brevet, som er stilet til direktoratet, inneholder kommentarer til et notat fra juridisk kontor. Det kan ikke på rettslig grunnlag kritiseres at det er behandlet som et organinternt dokument. At A har sendt skrevet i posten og brukt sin privatadresse som avsenderadresse, kan ikke gjøre noen forskjell. Hvis et dokument etter sin art og innhold må anses som et organinternt dokument, kan en tilsatt ikke fremtvinge journalføring (eller for den saks skyld offentlighet) gjennom å bruke vanlig postgang. Jeg kan heller ikke på rettslig grunnlag kritisere at skrevet ikke er journalført. Det følger av arkivforskriften § 2–6 at slike dokumenter skal registreres i journalen «så langt organet finn det tenleg».

3. Leserinnlegget

Leserinnlegget hadde tittelen «Lurt av direktoratet?» med undertekst «Av A, rådgiver i ...avdelingen, ... direktoratet». Innlegget omhandlet faglige spørsmål og inneholdt kritikk av bl.a. direktoratet. Videre var det redegjort for uenigheten mellom skribenten og etaten, og i denne sammenheng ble forhold knyttet til den interne saksbehandlingen i etaten referert.

Det rettslige utgangspunkt er at tilsatte i den offentlige forvaltning som andre privatpersoner har en alminnelig ytringsfrihet. Dette er forankret i bl.a.

Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 10. Som utgangspunkt gjelder ytringsfriheten også forhold som hører inn under arbeidsområdet og berører forholdet til arbeidsgiveren. På grunn av sitt arbeidsforhold og den lojalitetsplikten som er sprunget ut av dette, må imidlertid den tilsatte som tjenestemann iakttå visse forholdsregler og gå frem på en måte som ivaretar hensynet til arbeidsforholdet. Lojalitetsplikten følger som nevnt av selve arbeidsavtalen og innebærer at den aktuelle tjenestemann i sin tjeneste skal søke å ta hensyn til arbeidsgiveren og dennes interesser. Skal lojalitetsplikten kunne legge rettslige bånd på tjenstemannens alminnelige ytringsfrihet, må det imidlertid foreligge klare tjenesteplikter som kan utledes av fastsatte regler eller normer for tilbørlig atferd. Et forhold som den tilsatte må ta hensyn til, vil være faren for at den tilsattes ytringer blir oppfattet som uttrykk for virksomhetens offisielle syn.

I grunnlaget for direktoratets tilrettevisning, og også i referatet fra møtet 7. juni 2002, er betydningen av tillit både innad og utad understreket. Som nevnt het det i tilrettevisningen at leserinnlegget «underskrevet med tittel og arbeidssted gir inntrykk av at innholdet gir uttrykk for arbeidsgivers offisielle oppfatning. Slike innlegg er egnet til å skape mistillit ...». Jeg forstår dette slik at det ikke er temaet for eller innholdet i klagerens leserinnlegg det reageres imot, men det forhold at leserinnlegget ble underskrevet av klageren med angitt *stilling/tittel* og *arbeidssted*. Forstått slik, reiser ikke saken spørsmål om en offentlig arbeidsgivers adgang til å pålegge tilsatte taushet om saker disse får kjennskap til i sitt arbeid. Som kjent er dette et kjernepunkt i diskusjonen omkring konflikten mellom tilsattes lojalitetsplikt til arbeidsgiveren og ytringsfriheten. Jeg forstår det med andre ord slik at A etter arbeidsgiverens syn som utgangspunkt hadde adgang til å ytre seg om selve saken, men da som privatperson. Saken reiser imidlertid spørsmål om arbeidsgiverens adgang til å påvirke og begrense hvilke opplysninger som skal gis om skribenten og derved om skribentens ståsted for sin ytring.

Det er fremholdt at leserinnlegget bryter med etatens skriftlige retningslinjer for mediekontakt. Retningslinjene er fra 1994 og ble oversendt hit fra direktoratet. De omhandler prinsipper og strategi i forhold til etatens kontakt med media, herunder hvem som har fullmakt til å uttale seg til media. Retningslinjene omhandler således adgangen til å uttale seg til media *på vegne av etaten*. Denne saken gjelder imidlertid uttalelser A selv mener å ha gitt *som privatperson*. Jeg kan ikke se at dette uttrykkelig er omtalt i det materialet som ble sendt hit.

Direktoratets begrunnelse er utdypet i brev hit 20. oktober 2003:

«Et viktig mål med retningslinjene er nettopp at det skal være forutsigbarhet i og tillit til eta-

tens mediehandtering. Omverdenen skal ikke selv måtte vurdere hva slags status innlegg signert etaten har. Et klart skille mellom enkeltpersoners private standpunkter og utspill fra etaten er nødvendig for at etaten skal kunne fylle sin direktoratsrolle som informator og deltaker i faglig debatt om folketrygds spørsmål. Brudd på retningslinjene vil svekke en slik nødvendig forutsigbarhet og tillit ...».

Jeg har ingen merknader til at direktoratet krever at den som ytrer seg privat, markerer at ytringen er hans egne standpunkter, ikke etatens offisielle syn. Faren for identifikasjon mellom den tilsatte og etaten kan nettopp være et forhold som kan begrense den tilsattes ytringsfrihet. Jeg viser i denne forbindelse til min gjennomgang av offentlige tjenestemenns ytringsfrihet på side 22–25 i ombudsmannens årsmelding for 2002. Jeg understreket der at muligheten for identifikasjon må være reell, og at dette ble understøttet av konkrete holdepunkter. Noe annet ville lett kunne føre til uthuling av retten til å ytre seg i saker som ligger innenfor tjenestemannens arbeidsområde.

Hoveddelen av det aktuelle leserinnlegget var viet uenigheten mellom A og arbeidsgiveren, og siktemålet var åpenbart nettopp å få frem denne uenigheten. Det fremgår klart at skribenten var uenig i direktoratets praksis. Kritikken rettet seg både mot etaten som sådan og mot dens (tidligere) leder. Selv om A opptrådte med full stillingsbetegnelse, er det etter mitt skjønn vanskelig å se at det kunne oppstå en identifikasjonsfare i en slik situasjon. Bruken av tittel og arbeidssted var egnet til å vise hvem artikkelforfatteren var, og at han hadde en faglig bakgrunn for sin uttalelse. Dette var imidlertid ikke ment – og kunne heller ikke forstås – slik at forfatteren opptrådte på direktoratets vegne. Bruken av stillingsbetegnelse var med andre ord ikke i seg selv nok til at det i den foreliggende situasjon forelå fare for at As synspunkter kunne oppfattes som arbeidsgiverens offisielle syn.

Andre sider av leserinnlegget, slik som dets form og nærmere innhold, er som nevnt ikke påberopt som grunnlag for tilrettevisningen, og jeg går derfor ikke inn på dette.

Etter dette er det vanskelig å se at den begrunnelsen for tilrettevisningen som var gitt, var treffende.

I direktoratets brev hit 20. oktober 2003 heter det:

«Direktoratet finner grunn til å bemerke at en tjenestlig tilrettevisning først og fremst har som siktemål å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenestemannens tjenesteplikter. Tilrettevisningen er retningsgivende for arbeidsforholdet og det er ikke knyttet noen form for sanksjoner til en slik reaksjon fra arbeidsgivers side. Tilrettevisningen inneholdt en advarsel om at dersom A ikke innrettet seg iht. tilrettevisningen, ville det kunne få alvorligere følger for hans tilsettingsforhold. Dette var ikke ment som en

sanksjon, men som en påminnelse om at hvis han ikke innrettet seg i tråd med veiledningen/tilrettevisningen, ville det kunne få konsekvenser.»

Det kan som nevnt ikke kritiseres at en offentlig etat gir uttrykk for sitt syn på hvordan private leserinnlegg bør fremstå for å unngå identifikasjonsfare. Slik klargjøring vil gjøre det enklere for de tilsatte å opptre korrekt når de ønsker å stå frem for offentligheten. Klargjøringen kan skje i generell form som en retningslinje, eller konkret overfor enkeltpersoner. Tilrettevisningen må sees i lys av dette. Uavhengig av om A på forhånd var informert om direktoratets syn, vil imidlertid en manglende etterlevelse av arbeidsgiverens ønske ikke uten videre kunne føre til rettslige sanksjoner. Dette beror på en vurdering av ytringsfrihetens grenser og den konkrete faren for identifikasjon. Tilrettevisningen var ment som en veiledning for fremtidig virksomhet og innebar ingen ordensstraff eller en direkte sanksjon. Det kan imidlertid hevdes at den var så vidt formalisert og hadde et slikt innhold – bl.a. med advarsel om «alvorligere konsekvenser» – at den lå nær opp til en sanksjon. Med den begrunnelsen som fremgikk av tilrettevisningen, burde tilrettevisningen i tilfelle ha vært gitt med et annet innhold når det gjelder leserinnlegget i Aftenposten.

4. Utlevering av interne dokumenter

Det er opplyst at A ble kontaktet av en rådgiver tilknyttet SVs stortingsgruppe etter at leserinnlegget kom på trykk, og at han deretter utleverte interne dokumenter til belysning av saken. Utleveringen var ikke klarert med overordnet på forhånd, men A informerte om overleveringen i etterkant.

Direktoratet har i tilrettevisningen gitt til kjenne at kontakten med Stortinget «skal gå via departementet» og at «direkte utlevering av interne dokumenter har satt Direktoratet i forlegenhet i forhold til departementet». I referat fra møtet 7. juni 2002 er det bl.a. vist til at statsråden hadde fått spørsmål om saken fra Stortinget.

Etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 er forvaltningens saksdokumenter offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. Et slikt unntak gjelder for opplysninger som er undergitt taushetsplikt, jf. offentlighetsloven § 5 a. Dokumenter som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin interne saksforberedelse, er som utgangspunkt offentlige, men kan unntas fra offentlighet etter lovens § 5.

De dokumentene A overleverte rådgiveren, var så vidt jeg kan se i all hovedsak interne, men ikke underlagt taushetsplikt. Utleveringen innebar således ikke noe brudd på offentlighetsloven. Spørsmålet er om A gjennom sin atferd brøt med de interne rutiner og fullmaktsforhold som gjelder for behandling av innsynsbejlinger i direktoratet.

Direktoratet har i korrespondansen med ombudsmannen vist til «rutine ved dokumentforespørsler» datert 25. april 1995, der det i pkt. 4 heter at innsynsbejæringer skal legges frem for «kontoret som har ansvar for saken». I et internt notat til «alle kontorer/enheter i direktoratet» 28. oktober 1996 heter det at dokumentene skal hentes frem og «forelegges enhetsjef». Direktoratet har utlagt dette slik at det er «fast praksis» at enhetsleder eller kontorsjef skal samtykke i utlevering av saksdokumenter, og at den enkelte saksbehandler ikke selv kan avgjøre hvilke dokumenter som skal eller kan utleveres. Dette er en forståelse det ikke kan rettes innvendinger mot, og det må antas at rutinene er alminnelig kjent blant de tilsatte. Jeg må derfor legge til grunn at A som saksbehandler ikke på egen hånd hadde myndighet til å utlevere de aktuelle dokumentene, men pliktet å forelegge spørsmålet for sin overordnede.

A har opplyst at han tidligere hadde bedt direktoratet om å få oversende kopi av (noen av) de aktuelle dokumentene til andre. Dette hadde han ikke fått aksept for. Han valgte da å utlevere dokumentene «uten å ha fått adgang til dette» (jf. opplysninger i e-brev hit 29. mars 2004). Han opplyste imidlertid at han oppfattet henvendelsen fra rådgiveren som en henvendelse til ham personlig, og ikke som en henvendelse til direktoratet. Dette standpunktet er ikke holdbart, all den stund henvendelsen gjaldt direktoratets dokumenter. Ved selv å ta saken i egen hånd overtrådte A gjeldende rutiner og fratok arbeidsgiveren muligheten til å vurdere saken. Jeg har derfor ikke grunnlag for å rette kritikk mot den delen av tilrettevisningen som gjelder overlevering av dokumenter.

I tilrettevisningen heter det at direktoratets kontakt med Stortinget skal gå via departementet, og at «en direkte utlevering av interne dokumenter har satt direktoratet i forlegenhet i forhold til departementet». Det kan ikke ses bort fra at forholdet til departementet ville kunne være et moment i vurderingen av om de aktuelle dokumentene skulle unntas offentlighet eller ikke, og jeg forstår det også slik at direktoratet har som rutine å varsle og informere departementet om utlevering av dokumenter «som kan ha betydning for deres arbeid». Det virker imidlertid ikke treffende når det er vist til at direktoratets kontakt med Stortinget skal gå via departementet. Mottakeren av dokumentene var i dette tilfelle en rådgiver for et politisk partis stortingsgruppe, og således ikke et av Stortingets formelle organer. Også personer tilknyttet Stortinget må kunne benytte de muligheter for innsyn som offentlighetsloven gir.»

19.

Personalbehandling ved omorganisering av arbeidsplass – tilsetting

(Sak 2004–1345)

Tre avdelingspsykepleiere i en kommune klaget over mangelfull informasjon om konsekvensene av omorganiseringen av arbeidsplassen, og hevdet at de ble usaklig forbigått i prosessen med innplassering i den nye organisasjonen.

Ombudsmannen uttalte at hensynet til god forvaltningsskikk tilsa at kommunen hadde en særlig plikt til å informere og forberede klagerne best mulig ved omorganiseringen, ettersom deres stillinger som avdelingspsykepleiere ble direkte berørt av omorganiseringen ved at dette ledernivået falt bort. Etter ombudsmannens mening knyttet det seg betydelig tvil til om klagerne hadde blitt behandlet på en forsvarlig måte med hensyn til hvordan de ble informert om blant annet konstitueringen av tjenesteledere.

Tre avdelingspsykepleiere henvendte seg til ombudsmannen om personalbehandlingen i forbindelse med omorganiseringen av pleie- og omsorgsdistriktene i en kommune og den innvirkning dette fikk på deres arbeidsforhold ved et alders- og sykehjem (nå pleie- og omsorgssenter). Pleie- og omsorgsdistriktene ble gjort om til to seksjoner med hver sin pleie- og omsorgssjef. Som en konsekvens av omorganiseringen var det besluttet at virksomhetsleder- og avdelingsledernivået skulle opphøre fra 1. desember 2002. Det skulle samtidig opprettes tjenestelederstillinger som skulle rapportere til pleie- og omsorgssjefen. På et personalmøte 26. september 2002 ble det i henhold til klagerne muntlig «utpekt» tjenesteledere. Disse ble senere konstituert i de nye stillingene som tjenesteledere, og klagerne ble tilbudt midlertidige stillinger som «fagansvarlig». Ved ekstern utlysning av tjenestelederstillinger ble klagerne ikke tilsatt, og de takket etter omfattende forhandlinger senere ja til tilbud om overføring fra avdelingspsykepleiere til stillinger som «fagansvarlig sykepleierleder».

Saken ble tatt opp med kommunen, som ble bedt om å redegjøre nærmere for omstendighetene rundt tilsettingen av de nye tjenestelederne og den forutgående konstitueringen i stillingene. Kommunen ble i denne forbindelse bedt om å opplyse hvordan kommunen vurderte innholdet i disse stillingene i forhold til innholdet i klagerens avdelingspsykepleierstillinger. Det ble videre bedt om en redegjørelse for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen som ble foretatt av klagerne og de tilsatte i forbindelse med tilsettingen.

Kommunen redegjorde for bakgrunnen for omorganiseringen i kommunen og vedtak om rehabilitering/ombygging/utbygging av alders- og sykehjemmet. Det ble videre opplyst at tillitsvalgte hadde vært med i prosessen med å fastsette ny organisa-

sjonsplan for pleie- og omsorgssenteret (PLO-senteret), og at personalet ble orientert av disse og dessuten i flere personalmøter. Kommunen uttalte for øvrig at de tidligere stillingene som virksomhetsledere ble endret til stillinger som tjenesteledere, og at de tidligere stillingene som avdelingssykepleiere ble endret til stilling som fagansvarlig for sykepleien. Til spørsmålene herfra vedrørende konstitueringen og tilsettingen av tjenesteledere, uttalte kommunen:

«Årsaken til at to av avdelingssykepleierne ble konstituert, var at en avventet fast tilsetning til gjennomføring av omorganisering og ferdigstilling av utbygging var klar. Av samme grunn ble tjenestelederne konstituert fra og med 01.12.02.
[....]

De personer som var fast ansatt i stilling som virksomhetsleder før omorganiseringen, ble overført til fast stilling som tjenesteleder. De tjenestelederstillingene som var besatt med konstituert personell ble utlyst med søknadsfrist 7. juni 2003.»

Klagerne kom tilbake til saken og fastholdt at personalmøtet 26. september 2002 var første gang de fikk høre at det skulle opprettes tjenestelederstillinger og at deres stillinger som avdelingssykepleiere falt bort, og at de således ikke lenger var en del av ledelsen. Klagerne fremholdt videre at de tidligere avdelingssykepleierstillingene var lederstillinger, mens stillingene som fagansvarlig ikke var det, og at overføringen således innebar en degradering. Når det gjaldt spørsmålet vedrørende tilsettingen av tjenesteledere, bemerket klagerne:

«Når en ser bort fra tjenesteleder i hjemmetjenesten, hadde de tre som ble tilsatt i stilling som tjenesteledere liten eller ingen ledererfaring. Vi for vår del har vært ledere i kommunen i 10–15 år uten noen negativ tilbakemelding fra arbeidsgiver og vi har ellers hatt et utmerket forhold til alle grupper. Det synes derfor merkelig at vi ikke skulle anses som personlig egnede til stillingene som tjenesteledere. To av oss tre har minst like omfattende utdannelse i ledelse og administrasjon som de som fikk stillingene. Den tredje av oss mangler formell utdannelse i ledelse og administrasjon, men har til gjengjeld lengst erfaring som avdelingssykepleier.»

På forespørsel herfra utdypet kommunen sitt syn på forholdet mellom stillingen som avdelingssykepleier og stillingskategorien fagansvarlig sykepleieleder, og uttalte bl.a.:

«Stilling som tjenesteleder er en administrativ lederstilling med stillingskode 7451, og er likestilt med stillinger som oversykepleier og virksomhetsleder. Dette gjenspeiles ved at tidligere virksomhetsleder ble overført til stilling som tjenesteleder.
[....]

Det fremgår av stillingsbeskrivelse for tjenesteleder at denne er underlagt pleie- og omsorgssjef, og overordnet alt annet personell i en-

heten. Virksomhetsleders stilling omfattet personalansvar – herunder tilsettinger, og deltakelse i utarbeiding av budsjett- og budsjettoppfølging.

Tjenesteleder skal ha arbeidsgiveransvar for alt personell, fullt økonomisk resultatansvar herunder utarbeide budsjett og oppfølgingen av dette. Disse ansvarsområder er fraværende i stillingsbeskrivelse for avdelingssykepleier/fagansvarlig.»

Kommunen fastholdt for øvrig vurderingen som ble gjort ved tilsettingene, og bemerket at tillitsvalgte for sykepleierne var med i tilsetningsutvalget, og at innstillingen var enstemmig. Det ble videre vist til at klagerne ikke hadde ledererfaring på nivå tilsvarende tjenestelederstillinger.

I min uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«*Nærmere om mine undersøkelser i saken*

Saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig, og det blir ikke foretatt parts- og vitneavhør. Jeg er dermed henvist til å bygge mitt standpunkt på en gjennomgang av det skriftlige materialet. Faktiske forhold hvor det er uenighet mellom partene er derfor ikke egnet til nærmere avklaring herfra.

Et sentralt punkt for klagerne har vært manglende informasjon og inkludering underveis i omorganiseringsprosessen. Arbeidsgiver har imidlertid på sin side vist til gjentatt informasjon både via tillitsvalgte og på personalmøter. En nærmere avklaring av faktum på dette punkt forutsetter bevisførsel utover den gjennomgang av saksdokumentene mine undersøkelser må bero på. Spørsmålet om informasjon og deltakelse tidlig i omorganiseringsprosessen ligger derfor ikke vel til rette for behandling her.

Konstituering i tjenestelederstillingene

Alle de tre klagerne er seniormedarbeidere med meget lang ansiennitet. Deres stillinger som avdelingssykepleiere ble også direkte berørt av omorganiseringen i og med at dette ledernivået bortfalt. Hensynet til god forvaltningsskikk tilsier derfor at arbeidsgiver hadde en særlig plikt til blant annet å informere og forberede disse medarbeiderne best mulig ved omorganiseringen. Klagerne har reagert sterkt på at PLO-sjefen i personalmøte 26. september 2002 med 40–50 personer til stede skal ha «utpekt» de fire nye tjenestelederne som så ble konstituert fra 1. desember 2002. Klagerne følte seg ydmyket over å «bli satt utenfor» i de øvrige ansattes påhør, og hevder dette var første gang de konkret ble kjent med det nye organisasjonskartet. Dette etterlater, slik jeg ser det, betydelig tvil om klagerne ble behandlet på en forsvarlig måte i denne sammenheng. Uavhengig av hvilken plikt de lokale tillitsvalgte har til å informere sine medlemmer, har en offentlig arbeidsgiver i en slik situasjon et selvstendig ansvar for å sørge for en hensynsfull behandling av eldre arbeidstakere med så lang tjenestetid i kommunen og på pleie- og om-

sorgssenteret. Jeg har merket meg at det i møte 1. november 2002 ble oppnådd enighet mellom partene om at «intern kunngjøring av nye stillinger skulle vært vurdert i løpet av prosessen, og videre at PLO-sjef nord i et senere møte med NSF har uttalt at «informasjonen om hvem som skulle konstitueres som tjenesteledere kunne vært håndtert noe annerledes». Slik jeg ser det, bør kommunen vurdere å rette en beklagelse til klagerne for saksbehandlingen på dette punktet.

Tilsetting av tjenesteledere

Det synes å fremgå av saksdokumentene at klagerne opprinnelig gjorde gjeldende et rettskrav på tjenestelederstillingene fordi de mente disse stillingene innebar en vesentlig videreføring av deres tidligere arbeidsoppgaver. I møte 25. mai 2003 fremsatte imidlertid NSF krav om offentlig utlysning av tjenestelederstillingene, og alle tre klagerne søkte på stillingene ved utlysningen. Klagerne har ikke tatt opp spørsmålet om et eventuelt rettskrav på tjenestelederstilling i klagen hit, og slik saken er opplyst er det ikke grunnlag for å gå videre med dette spørsmålet.

I utlysningen ble det søkt etter tjenesteledere til «somatisk og dement nord» og «hjemmetjenesten sør». Fra kunngjøringen gjengis:

«Sentrale arbeidsoppgaver:

- Resultatenhetsleder med ansvar for økonomisk og administrative resultat
- Personal- og organisasjonsutvikling
- Virksomhetsplaner, HMS og kvalitetssikring
- Informasjon

Krav:

- Utdanning på høyskolenivå fortrinnsvis innen helse- og sosialfaglige studieretninger
- Tilleggsutdanning innen adm. og ledelse
- Personlig egnethet blir vektlagt.»

På spørsmål herfra med hensyn til den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen uttalte kommunen:

«Tilsettingsutvalget la vekt på virksomhetens behov, formell utdanning og personlig egnethet. De tilsatte hadde begge tilleggsutdanning i ledelse og økonomi. I tillegg har begge ledererfaring fra ansvarsområdet, og fremsto under intervjuet som overbevisende i sin innsikt rundt fagområdet, økonomisk forståelse, virksomhetens behov og strategisk tenkning og ledelse.

Klager A er uten formell utdanning innen ledelse og økonomi. Klager B har tilleggsutdanning i personalledelse, men ikke økonomi. Klager C har tilleggsutdanning i administrasjon og ledelse. Det ble vektlagt at hun innehar utdanningen, men formell dokumentasjon er ikke fremlagt. Ingen av klagerne viste tilstrekkelig innsikt i ansvarsområdet og virksomhetens behov, og ble ansett som mindre egnet for stillingen.»

Siktemålet i en tilsettings sak vil normalt være å finne frem til den av søkerne som etter en skjønnsmessig totalvurdering må anses som best kvalifisert til stillingen. Ved denne vurderingen må det tas utgangspunkt i kvalifikasjonskrav fastsatt i utlysningen og eventuelle lov- eller avtalefestede krav. Ellers vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.

Den nærmere vurderingen av hvem av søkerne som etter en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering fremstår som best kvalifisert for stillingen, må bero på et skjønn. Det følger av ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd at ombudsmannen bare i begrenset grad kan uttale seg om den skjønnsmessige vurdering som ligger til grunn for tilsettingsmyndighetenes vurdering. Ombudsmannen kan bare kritisere skjønnsmessige avgjørelser dersom det hefter feil ved skjønnen, for eksempel ved at det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn, eller vedtaket fremstår som «klart urimelig».

Klagerne har betydelig lengre praksis og ledererfaring enn det de to tilsatte hadde. Det foreligger heller ikke opplysninger som tyder på at det har fremkommet noen innvendinger mot deres arbeidsutførelse. Klagerne har stilt seg positive til ytterligere dataopplæring, og må forutsettes å ha god kjennskap til institusjonen etter mange års sammenhengende praksis.

Kommunen har på den annen side uttalt at tjenestelederstillingene blant annet innebærer nye krav til økonomisk resultatansvar, herunder utarbeidelse av budsjett. Jeg kan derfor vanskelig kritisere at økonomisk utdanning tillegges vekt. Når det gjelder vurderingen av søkerens innsikt i ansvarsområdet og virksomhetens behov og strategisk tenkning og ledelse, ligger dette ikke vel til rette for overprøving fra min side. Slik saken er opplyst, har jeg derfor ikke tilstrekkelige holdepunkter for på rettslig grunnlag å kunne karakterisere tilsettingsvedtaket som «klart urimelig».

De nye arbeidsavtalene

Arbeidsgiver har i utgangspunktet i kraft av sin styringsrett rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Styringsretten må imidlertid utøves innenfor de rammer lov- og avtaleverk setter. Arbeidsgiver antas å ha relativt vid adgang til å foreta endringer i arbeidets innhold dersom det er tale om overføring til likartet arbeid. Dette stiller seg annerledes for endringer som griper inn i kjerneinnholdet i arbeidstakers avtalte eller etablerte arbeidsinnhold, og som innebærer at den ansattes arbeids- og ansvarsområde blir et vesentlig annet enn tidligere. Det er i læren om den såkalte grunnpreststandard således lagt til grunn at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det som omfat-

tes av arbeidsavtalen. Dersom endringene er så vesentlige, forutsettes enighet mellom partene eller at vilkårene for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven 4. februar 1977 § 60 er til stede. I dette tilfellet forhandlet partene seg frem til en avtale 31. oktober 2003. Protokollen ble vedtatt av Norsk Sykepleierforbund og X kommune.

[....]

Det har oppstått uenighet mellom partene om innholdet i disse nye stillingene, nærmere bestemt hvorvidt dette er reelle lederstillinger. Ved avtaletolkningen vil partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen være av sentral betydning. Klagerne var ved inngåelsen av avtalen 31. oktober 2003 for øvrig representert ved Norsk Sykepleierforbunds fylkesleder. Saksbehandlingsprosessen her er ikke egnet til å fremskaffe den nødvendige klarhet i faktum som en forsvarlig avtaletolkning forutsetter. Uenigheten som har oppstått mellom partene med hensyn til hva som faktisk er avtalt, ligger ikke vel til rette for avklaring herfra.»

20.

Beskyldninger mot kommunal arbeidstaker fremsatt i åpent kommunestyremøte

(Sak 2004–1287)

I et åpent kommunestyremøte ble det rettet beskyldninger mot en av kommunens arbeidstakere, uten at ordfører eller administrasjon grep inn. Etterfølgende korrespondanse ble ikke unntatt fra offentlighet.

Saken etterlot tvil om det fra kommunens side var gjort nok for å sikre at de personvernmessige hensyn ble ivarettatt i forbindelse med kommunestyremøtet, jf. kommuneloven § 31 nr. 3. Ombudsmanen fant ikke grunn til å kritisere at den etterfølgende korrespondansen ikke ble unntatt fra offentlighet, men påpekte at det var uheldig at offentliggjøringen førte til at klageren fikk brevene gjengitt i lokalradio og aviser før hun selv mottok dem.

A klaget hit over en kommunes fremgangsmåte i forbindelse med beskyldninger rettet mot henne, og fremsatt av en kommunestyrerepresentant i åpent kommunestyremøte. Klageren var også selv kommunestyrerepresentant, men hun hadde ikke vært til stede på møtet. Klageren var tilsatt i kommunen, og hun hadde blant annet ansvar for oppfølging av Miljøpatruljen. Etter det som ble opplyst var patruljen et arbeidstreningstilbud til ungdom, hvor befolkningen kunne leie rimelig hjelp til enklere arbeid som gressklipping osv. Sommeren 2002 skulle patruljen ha utført et arbeid på As tomt, uten at hun betalte for dette på ordinært vis. Fra As side ble det anført at dette skyldtes en forglemmelse, og at beløpet på kroner 150,- var betalt i ettertid.

I klagen hit ble det vist til at A i kommunestyre-

møtet ble beskyldt av kommunestyrerepresentanten for urettmessig å ha skaffet seg kommunale tjenester, og at forholdet ble karakterisert som «underslag» og «brudd på etiske retningslinjer». As navn ble ikke nevnt, men hun ble likevel identifisert gjennom at det ble opplyst at arbeidet ble utført på «eiendommen til vedkommende som administrerer miljøpatruljen». Innlegget ble fremført for åpne dører, kringkastet direkte på radio, og ble ikke forsøkt stoppet verken fra politisk ledelse eller fra administrasjonens side.

Kommunen ble herfra bedt om å redegjøre for hvilken informasjon kommunens administrative og politiske ledelse hadde hatt om den aktuelle kommunestyrerepresentantens innlegg før dette ble fremført i kommunestyremøtet. Det ble herunder bedt opplyst hvilke vurderinger som ble gjort i forhold til eventuelt å lukke dørene, jf. § 31 nr. 3 i kommuneloven 25. september 1992 nr. 107. Kommunen ble videre bedt om å redegjøre for hvordan spørsmålet om å unnta den etterfølgende korrespondansen mellom As representanter og kommunen hadde blitt vurdert i forhold til § 5 a i offentlighetsloven 19. juni 1970 jf. § 13 første ledd nr. 1 i forvaltningsloven 10. februar 1967.

I sitt svar viste kommunen blant annet til ordførerens tidligere redegjørelse til klagers daværende advokat, der det het:

«Ordføreren hadde problemer med å tolke det innsendte spørsmålet. Jeg tok derfor kontakt med spørsmålsstilleren og fikk forklart at det var et generelt spørsmål om bruken av miljøpatruljen. Med dette som bakteppe tok ordføreren kontakt med ass.rådmann som pr. telefon redegjorde for gjeldende rutiner ved bruk av miljøpatruljen, blant annet ved private oppdrag.»

Rådmannen viste for øvrig til at han ikke hadde noen kontroll over hva som ble sagt av en politiker fra kommunestyrets talerstol, og at han ikke kunne «intervenerere».

Til spørsmålet om den etterfølgende korrespondansen, bemerket rådmannen at fem av de seks brevene som ikke var blitt unntatt offentlighet refererte seg til forhold som allerede hadde blitt offentlig kjent gjennom kommunestyrebehandlingen. Til det siste dokumentet fremholdt rådmannen:

«I brevet fra [As fagforening] tar foreningen A i forsvar og kritiserer kommunen. Dette på bakgrunn av de beskyldningene som ble fremsatt i kommunestyresalen, og som for lengst var offentlige. Det var kommunen som ble kritisert, og etter grundig vurdering fant ikke rådmannen grunn til å unndra denne kritikken av egen håndtering av saken for offentligheten.»

As advokat opplyste at klageren hadde mottatt en skriftlig irettesettelse for hendelsen som utløste spørsmålet i kommunestyremøtet, dvs. bruken av miljøpatruljen på egen tomt.

I min uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Ad. kommunestyremøtet

Hovedregelen i kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 31 er at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører, hvis ikke annet følger av lovbestemt taushetsplikt eller vedtak etter denne paragrafen. I dette ligger at møtene bare kan lukkes i de tilfeller hvor loven uttrykkelig påbyr eller hjemler dette, og at lukking bare skal skje i situasjoner hvor de hensyn som ligger bak unntaksbestemmelsene konkret gjør seg gjeldende. Lovens generelle regel om åpne møter viker for lovbestemt taushetsplikt. I tillegg er det i § 31 nr. 3 gjort unntak blant annet for «personalsaker»:

«Et folkevalgt organ kan vedta å behandle en sak for lukkede dører hvor hensynet til personvern eller andre tungtveiende private eller offentlige interesser tilsier dette. Debatt om dette føres for lukkede dører hvis møteleder krever det eller vedkommende organ vedtar det. Personalsaker skal alltid behandles for lukkede dører.»

Dersom et forhold faller inn under begrepet «personalsak» skal således dørene lukkes, og det er ikke rom for vurderinger. Det er antatt at dette tilsier en relativt streng fortolkning av begrepet, og i forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 42 (1991–92), nevnes «for eksempel saker om ansettelse, oppsigelse, permisjon». Andre saker om for eksempel saksbehandlingsrutiner, organiseringen av virksomheten osv. vil falle utenfor definisjonen «personalsaker» i denne bestemmelsens betydning. I teorien er det videre lagt til grunn at også kritikk av enkeltpersoners tjenestemessige forhold faller utenfor rammen, dersom dette forholdet inngår som en del av behandlingen av en annen sak. Det er imidlertid klart at selv om en sak ikke faller inn under lovens absolutte unntak for «personalsaker», kan den berøre enkeltpersoners forhold slik at dørene på konkret og individuelt grunnlag bør vurderes lukket av hensyn til personvernet, jf. § 31 nr. 3 første alternativ.

I dette tilfellet var ordføreren på forhånd varslet om at en kommunestyrerepresentant ville stille spørsmål om ordførerens holdning til privat bruk av kommunale tjenestemenn på privat eiendom. Ved henvendelse til spørsmålsstilleren før møtet, fikk ordføreren etter det opplyste forklart at det var tale om et generelt spørsmål om bruken av miljøpatroljen. Ordføreren kontaktet deretter ass. rådmann, og fikk nærmere opplysninger om gjeldende rutiner for bruken av miljøpatroljen. Ordføreren laget på denne bakgrunn en «kladd/huskelapp» som igjen ble brukt som grunnlag for hans muntlige svar i kommunestyremøtet. Ordførerens svar lød i følge utskriften fra radioen slik:

«Direkte spørsmål til ordføreren om ordførerens holdninger til privat bruk av kommunale tjenestemenn på private eiendommer. For å gjøre

det klinkende klart eller krystallklart som en her i kommunestyret pleier å si, ordførerens holdning er relativ enkel: Det skal være skarpt og et entydig skille mellom privat og kommunal økonomi; det skulle bare mangle. Spesielt viktig å være klar over dette ved eventuelle bruk av kommunale tjenestemenn på privat eiendom.

Konkret spørsmål som [kommunestyrerepresentanten] stillet ved bruk av kommunens miljøpatrolje og kommunale tjenestemenn på privat eiendom. Ordningen er praktisert slik at privatpersoner kan kjøpe tjenester som er oppgjort ved ordinær fakturering og oppgjør etter anvendt tid etter fakturagrunnlag utstedt av vedkommende.

Når det gjelder spørsmålsstillersens spesifikke antydning vil dette følges opp av rådmannen. Ordførerens holdning er at ekstra årvåkenhet er nødvendig dersom arbeid er bestilt av kommunalt ansatte. Det må være et skarpt skille mellom bestiller og utfører. Håper at ordførerens holdning er klarlagt og at [kommunestyrerepresentanten] kan være fornøyd med det.»

I utgangspunktet hadde ikke det skriftlige spørsmålet som ble stilt ordføreren objektivt preg av å være en «personalsak» i lovens forstand. Slik ordskiftet mellom kommunestyrerepresentanten og ordføreren artet seg, synes det imidlertid å ha utviklet seg til å bli en «personalsak». Jeg viser til at ordføreren tilkjennegav at de «spesifikke antydninger» ville bli fulgt opp administrativt, noe spørsmålsstilleren fulgte opp ved å uttrykke forventning om «at rådmannen bruker de virkemidler – sanksjonsmuligheter som trengs for å komme ukulturen til livs». Som nevnt ovenfor endte rådmannens oppfølging med at klageren ble ilagt en skriftlig irettesettelse.

Spørsmålet er om det er grunnlag for å kunne si at ordføreren før møtet hadde tilstrekkelig kunnskap om at den problemstillingen som ble reist i spørsmålet til ordføreren ville kunne føre til at en «personalsak» dermed ble reist. Det skriftlige spørsmålet og den utfyllende informasjonen fra spørsmålsstilleren, gav et varsel om muligheten for dette. Selv om det ikke kan kritiseres at møtet ikke ble lukket alene på bakgrunn av det skriftlige spørsmålet, kan mye tale for at ordføreren burde ha sørget for en nærmere avklaring av om konkrete forhold knyttet til bestemte personer ville bli trukket inn i spørsmålsstillingen. Da ville det i tilfelle foreligge et bedre grunnlag for en stillingtagen til om dørene skulle ha vært lukket.

Møtet ble direktesendt på lokalradioen, og det måtte i den foreliggende situasjon fremstå som nærliggende for møteledelsen at spørsmålsstillingen ville kunne bli konkretisert og rettet mot bestemte personer, og dermed medføre konsekvenser og personlige belastninger for den det gjaldt.

Saksdokumentene tyder imidlertid ikke på at det ble foretatt noen vurderinger før møtet av om det ville kunne bli reist spørsmål som var av «personalsaks karakter». Heller ikke under møtet synes dette å ha vært vurdert. I lys av bestemmelsen i kommuneloven § 31 nr. 3 kan det etter dette reises spørsmål om ikke dette burde ha vært gjort. Saken etterlater

tvil om det fra kommunens side ble gjort nok for å sikre at de personvernmessige hensyn ble tilstrekkelig ivare tatt.

Jeg har merket meg at rådmannen i et brev fra kommunen til klagers advokat, har gitt uttrykk for at han «finder det beklagelig at hun som ansatt i X kommune ble utsatt for beskyldninger i åpent kommunestyremøte i noe som måtte bli en personalsak».

Ad. den etterfølgende korrespondansen

Det følger av offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. I medhold av loven § 5 a, er opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt unntatt fra offentlighet. Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 1 er opplysninger om «noens personlige forhold» taushetsbelagt.

Spørsmålet er derfor om det i den etterfølgende korrespondansen forelå opplysninger som angikk «noens personlige forhold», slik at den var undergitt taushetsplikt. Dette må avgjøres ut fra en konkret vurdering av dokumentenes innhold, og på bakgrunn av de faktiske forholdene i saken.

Utstrekningen av taushetsplikten for «noens personlige forhold» er ikke identisk for opplysninger som knytter seg til forvaltningens «klienter», for eksempel opplysninger mottatt i forbindelse med søknad om trygd eller stønad, og opplysninger som knytter seg til en offentlig tjenestemanns forhold vedrørende utførelsen av tjenesteforholdet. Allmennhetens legitime interesse i å få opplysninger vedrørende offentlig ansattes håndtering av offentlige midler/tjenester kommer inn som et viktig hensyn. På bakgrunn av de særlige samfunnmessige hensyn som gjør seg gjeldende, vil rammen for taushetsplikten måtte trekkes noe snevrere i forhold til offentlige tjenestemenns forhold begått i tjenesten. Jeg viser her til ombudsmannens årsmelding for 1997 side 117, 1996 side 77 og Frihagen: Offentlighetsloven II (1994) side 54–60. Som Frihagen viser til, kan åpenhet være viktig for å bekjempe korrupsjon og misligheter i den offentlige forvaltning, og tålegrensen for offentlige tjenestemenn må derfor være noe større enn for andre. Likevel må også offentlige ansatte ha krav på taushetsvern før misligheter er slått fast eller saken er kommet så langt at det er tatt stilling til hvilken reaksjon handlingen skal medføre. Det må også være et krav at det bare offentliggjøres opplysninger som har et slikt grunnlag at det er forsvarlig å gå ut med dem.

Etter det som er opplyst var det til sammen seks brev som ikke ble unntatt offentlighet, tre brev fra klagerens advokat i sakens anledning, to svarbrev fra kommunen, samt et brev fra [As fagforening] til kommunen. Jeg har gjennomgått de aktuelle dokumentene her. Slik jeg ser det, røper ikke korrespondansen mellom kommunen og advokatfirmaet noe

nærmere om det underliggende forholdet. Korrespondansen viser imidlertid at klager hadde søkt juridisk bistand og at hun vurderte å gå til rettslige skritt for å kreve erstatning fra arbeidsgiver for brudd på personvernet i forbindelse med en personalsak. Jeg kan vanskelig se at disse dokumentene inneholder opplysninger som er undergitt taushetsplikt.

Brevet fra [As fagforening] inneholder nærmere opplysninger om at klager hadde blitt beskyldt av en kommunestyrerepresentant for underslag i tjenesten, og [fagforeningens] kritikk av kommunes håndtering av saken som arbeidsgiver.

Saken var imidlertid på dette tidspunkt allerede offentlig kjent ved at selve kommunestyremøtet hadde blitt overført på nærradioen og ved at saken hadde blitt bredt omtalt i pressen rett etterpå. Selv om det i brevet skulle anses å foreligge opplysninger om «noens personlige forhold», er taushetsplikten ikke til hinder for at opplysningene brukes «når ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig, for eksempel når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder», jf. forvaltningsloven § 13 a. At taushetsbelagte opplysninger en gang, eventuelt ved en feil, har blitt offentliggjort, betyr ikke at taushetsplikten uten videre har opphørt. Dette må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Ut ifra brevet innhold og den samlede omtale saken ut ifra de innsendte presseklipp da allerede hadde fått, kan jeg vanskelig se at det kan rettes rettslig kritikk mot at dokumentet ble offentliggjort. Kommunen har for øvrig opplyst at all korrespondanse som dreier seg om den personalmessige oppfølgingen av saken vis-à-vis klageren, ble unntatt offentlighet.

Etter en samlet vurdering, er jeg kommet til at det neppe er rettslig grunnlag for kritikk av kommunen for ikke å ha unntatt de seks aktuelle dokumentene fra offentlighet. Jeg finner imidlertid grunn til å påpeke at det var uheldig at offentliggjøringen førte til at klageren etter det som er opplyst fikk brevene gjengitt i lokalradio og aviser før hun selv mottok dem. Det hadde vært best i samsvar med god forvaltningsskikk og hensynsfull saksbehandling om kommunen hadde søkt å varsle klager om offentliggjøringen og innsynsbegjæringene, slik at hun var forberedt og eventuelt selv kunne ha gjort seg kjent med innholdet i kommunens svarbrev før disse ble referert i pressen.»

21.

Arbeidsgivers styringsrett – pålegg til tjenestemann om å be brukere av kontoret om unnskyldning

(Sak 2004–2873)

En tjenestemann ved et trygdekontor ble pålagt å kontakte brukerne av trygdekontoret. Brukerne mente de var blitt behandlet på en utilbørlig måte. Tjenestemannen ble pålagt å be brukerne om unnskyld-

ning for behandlingen. Kontakten med brukerne skulle skje i samarbeid med trygdesjefen.

Ombudsmannen kom til at pålegget mest naturlig måtte sees på som en ordinær tjenstlig tilrettevisning, og ikke en ordensstraff. Etter ombudsmannens mening falt det imidlertid utenfor arbeidsgivers styringsrett å gi et slikt pålegg, med mindre det bygget på frivillighet fra den tilsatte. Ombudsmannen presiserte at dette ikke var til hinder for at en arbeidsgiver pålegger en arbeidstaker å medvirke til å gjenopprette publikums tillit til virksomheten sammen med ledelsen på en egnet måte, men at den formen som var valgt fremsto som uforholdsmessig personlig belastende for tjenestemannen.

A henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med at hun blant annet hadde mottatt en skriftlig advarsel «for det arbeidsgjevar vurderer som utilbørleg åtfærd og forsømmelse i tenesta». Vedlagt advarselen fulgte det et skriftlig pålegg om blant annet i samarbeid med trygdesjefen å kontakte brukere av trygdekontoen som mente seg behandlet på en utilbørleg måte, og be om unnskyldning. Klageren stilte spørsmål om arbeidsgiver hadde myndighet til å «pålegge straff i en skriftlig advarsel på denne måten».

Det ble besluttet å undersøke enkelte sider av klagen nærmere, og den ble forelagt X trygdekontoen. I foreleggelsen ble det vist til tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 14, som inneholder nærmere regler om ordensstraff som ilegges tjenestemenn. Trygdekontoen ble bedt om å redegjøre nærmere for siktemålet med advarselen og pålegget, og herunder kommentere forholdet mellom ordensstraff og tjenstlig tilrettevisning i denne henseende. Det ble videre bedt opplyst hvordan advarselen og pålegget ble oppbevart, jf. tjenestemannsloven § 14 nr. 3. Klageren reagerte særlig på at hun skulle «kalle inn personer som har vært på trygdekontoen for lang tid tilbake for å be om unnskyldning». Trygdekontoen ble bedt om å kommentere dette valget av reaksjon i forhold til grensene for arbeidsgivers organisasjons- og instruksjonsrett.

Trygdekontoen svarte for det første at klageren var gitt «en advarsel i kombinasjon med en alminnelig tjenstlig tilrettevisning, jf. Statens personalhåndbok 4.6.4.1.». Deretter het det:

«A har tidligere fått muntlige tilbakemeldinger eller muntlig tilrettevisning om man vil på tilsvarende forhold som nå er anmerket i advarselen. Arbeidsgiver har antatt at situasjonen bedret seg etter dette. Da vi igjen fikk klager både fra enkeltbrukere og samarbeidspartner som gikk direkte på hennes adferd, så arbeidsgiver dette som så alvorlig at en tilrettevisning i form av skriftlig advarsel og et pålegg var nødvendig. Hensikten med tilrettevisningen er som det framgår i advarselen å påpeke den uønskede adferden og markere alvorret i situasjonen for A.

Trygdesjefen er A sin arbeidsgiver. Det er

vår vurdering at å gi et pålegg til en medarbeider i en slik alvorlig situasjon ligger innenfor arbeidsgivers fullmakter og styringsrett.»

Til pålegget om å be brukerne om unnskyldning, bemerket trygdekontoen blant annet:

«Pålegget forutsetter dialog mellom A og trygdesjefen. Det har ikke vært dialog med trygdesjefen og A siden et møte om forholdet og frem til tidligere trygdesjef sluttet, til tross for mange invitasjoner også fra nåværende trygdesjef. Forutsetningen for å kunne rette opp forhold overfor en del brukere og gjenvinne tillit både på individnivå og systemnivå, er et internt samarbeid. Formuleringen «I samråd med trygdesjefen» i pålegget er valgt nettopp fordi saken krever samarbeid og oppfølging pga. dens alvorlige karakter.

Dette forutsetter for det første at trygdesjefen var den som skulle kontakte brukeren for å avklare om vedkommende ønsket en unnskyldning fra A. I så fall skulle dette skje med både A og trygdesjefen tilstede i samtalen. Under møtet mellom trygdesjefen og A var det gjennomgått 10 referanser på klager på A. Disse referansene er klager fra brukere som trygdesjefen mottok i en periode på ca. 10–11 måneder. Noen av klagen var tidligere behandlet, og således ikke aktuelle for å ta opp igjen. Poenget er at det viser et mønster av gjentakelser på utilbørleg adferd. Det var overfor de siste klagen det fremdeles mangel A sin beklagelse.

Undertegnede har som sagt ikke lyktes å få dialog med A. Dersom det hadde vært mulig å få til dialog ville hun fått anledning til å foreslå evt. andre tiltak overfor disse brukerne. Det eneste arbeidsgiver ikke under noen omstendigheter vil avvike, er på en eller annen måte å rette opp forholdet til brukerne og samarbeidspartneren.

[...]

A opplever tilrettevisningen som straff. Hele hensikten med tilrettevisningen er å bedre forholdet til de brukerne som opplever seg dårlig behandlet. Når man innrømmer å ha gjort noe galt, burde det være en naturlig konsekvens å be om unnskyldning. Når vi har med mennesker å gjøre kan det aldri være en straff å be om unnskyldning. Dette er altså fra arbeidsgiver ingen straffereaksjon på adferd, men løsning på en problemstilling.»

Trygdekontoen opplyste for øvrig at advarselen og de andre dokumentene i denne saken ble oppbevart i personalmappa nedlåst hos trygdesjefen.

A kom etter dette tilbake til saken og bemerket blant annet:

«Jeg har ikke tidligere mottatt noen advarsler, verken muntlige eller skriftlige. Det har tidligere vært vanlige medarbeidersamtaler uten at arbeidsgiver har tatt opp noe i disse samtalen som advarsler. En arbeidsgiver kan vel ikke si at en medarbeidersamtale er en advarsel om det ikke går klart fram av samtalen. Og jeg vil forvente at jeg i et slikt tilfelle får en kopi av et notat hvor det klart står at jeg har fått en advarsel muntlig. Noe slikt har jeg ikke fått og det har heller ikke vært nevnt noe om advarsel før samtalen den 6. august 2002.

Første advarsel får jeg i møte den 6. august 2002. Jeg ser på det møtet som en gjennomgang av det som skal bli en skriftlig advarsel. For hvis det som ble tatt opp denne dagen skal være en muntlig advarsel er det vel rimelig at jeg får en tid på meg til å rette opp det arbeidsgiver mener er uønsket adferd.

Jeg trodde at alle skulle/burde kunne få en muntlig advarsel, før en skriftlig advarsel når trykdesjefen har samlet «saker» som gjelder meg i lang tid. Trodde det er trykdesjefen sitt ansvar å ta saker fortløpende opp med sine ansatte. For det virker urimelig at slike saker skal samles opp, for så å slå beina under meg med en skriftlig advarsel».

Klagerens merknader ble sendt trygdekontoret til orientering og for mulige merknader. Trygdekontoret kom ikke tilbake til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Reaksjonens karakter

Et spørsmål i denne saken er om A i realiteten er ilagt ordensstraff eller kun en ordinær tjenstlig tilrettevisning. Dette får bl.a. betydning for hvilke regler som gjelder for saksbehandlingen.

Tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 14 har nærmere bestemmelser om ordensstraff som ilegges embets- eller tjenstemenn. Om vilkårene for ordensstraff heter det i tjenestemannsloven § 14 nr. 1:

«1. En embetsmann som ikke er dommer, eller tjenestemann som ikke ved lov er underlagt annen disiplinærmyndighet, kan ilegges ordensstraff for:

- a. overtredelse av tjenesteplikter eller unnlatelse av å oppfylle tjenesteplikter,
- b. utilbørlig atferd i eller utenfor tjenesten som skader den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen.»

Som ordensstraff kan en tjenestemann bl.a. ilegges skriftlig irettesettelse, jf. tjenestemannsloven § 14 nr. 2 første ledd. En slik skriftlig irettesettelse kan i det ytre ligne mye på en tjenstlig tilrettevisning. Det er imidlertid uttrykkelig fastsatt at en alminnelig tjenstlig tilrettevisning ikke skal regnes som ordensstraff, jf. tjenestemannsloven § 14 nr. 2 tredje ledd.

En tjenstlig tilrettevisning vil være forankret i tjensteforholdet og vil etter sitt innhold først og fremst ha som siktemål å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenstemannens tjenesteplikter. Tilrettevisningen gis i tilknytning til arbeidet og skal være retningsgivende for arbeidsforholdet. En ordensstraff kan også ha et slikt formål, men den vil i tillegg ha som siktemål å pådra tjenstemannen en sanksjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjenesteplikter. En irettesettelse som gjøres skriftlig og som blir notert på tjenstemannens rulleblad eller lagt på tjenstemannens personalmappe, kan ut fra dette være en sanksjon for brudd på tjenesteplikter

dersom meningen er å påføre tjenstemannen en reaksjon, utover bare å gi en tilrettevisning. De ytre forhold omkring irettesettelsen, skriftligheten og registreringen i personalmappen etter anmerkningen på rullebladet, kan etter omstendighetene gå utover det som er nødvendig for å gi tjenstemannen en tjenstlig tilrettevisning, og da vil det være riktig å anse forføyningen som en ordensstraff. Det er imidlertid grunn til å påpeke at god orden kan tilsi at også en rent tjenstlig tilrettevisning blir notert, anmerket eller på annen måte registrert på vedkommende personalmappe, uten at tilrettevisningen dermed vil måtte betraktes som ordensstraff.

Advarselen og pålegget A fikk, hadde følgende ordlyd:

«ÅTVARING

[...]

Åtvaring vert gjeve med to føremål:

1. Den skal markere alvoret bak arbeidsgjevar sin reaksjon på hennar utilbørlege åtferd i møte med brukarar av trygdekontoret.
2. Den skal vere ei åtvaring mot gjentekne forsømmelser av denne art. Dersom denne åtvaringa ikkje vert teke følge, vil saka verte brakt inn som personalsak til Fylkesdirektøren i Y.»

«PÅLEGG

[...]

1. Rette opp påklaga forhold og be om unnskyldning overfor brukarar som opplever seg dårleg behandla.
2. Gjenopprette tillit og skape godt samarbeidsklima med brukarane og samarbeidspartnare.»

Trygdekontoret har uttalt at formålet var å bedre forholdet til brukerne og har tilbakevist at reaksjonen hadde noe pønalt formål. Dersom advarselen og pålegget vurderes utelukkende etter sitt innhold, synes det for meg mest nærliggende å oppfatte dem som en ordinær tjenstlig tilrettevisning. Overskriften benytter selv formuleringen advarsel, og innholdet viser at hovedhensikten har vært å rettlegde tjenstemannen om hvordan hun skal forholde seg. Også det forhold at det uttrykkelig er gjort oppmerksom på at saken vil bli brakt inn for Fylkesdirektøren i Y dersom advarselen ikke blir tatt til følge, indikerer at det bare er snakk om en tjenstlig tilrettevisning. I forhold til pålegget om beklagelse, ble det fra trygdekontorets side dessuten i svarbrevet hit opplyst at A ville fått anledning til å foreslå eventuelle andre tiltak dersom man hadde lyktes i å komme i dialog med henne.

I lys av ovennevnte, er jeg kommet til at det her ikke er tale om en reaksjon som kan karakteriseres som ordensstraff etter tjenestemannsloven eller i forvaltningslovens forstand. Verken forvaltningslovens klageregler eller tjenestemannslovens saksbehandlingsregler vil derfor direkte komme til anvendelse.

Reaksjonen, advarselen og pålegget om å beklage, må mest naturlig sees på som en ordinær tjenstlig tilrettevisning, en umiddelbar korrigerende reaksjon, som hadde som hovedsiktemål å få endret As adferd i forhold til en brukergruppe og for øvrig å klargjøre innholdet og omfanget av hennes tjenesteplikter.

Arbeidsgivers adgang til å gi pålegget

A har i klagen stilt spørsmål ved om arbeidsgiver har hjemmel til å pålegge henne å be om unnskyldning overfor misfornøyde brukere.

Arbeidsgivers styringsrett er sentral i ethvert arbeidsforhold, og arbeidsgiver har i kraft av styringsretten i utgangspunktet rett til å styre, lede og kontrollere arbeidet. Det er derfor arbeidsgiver som har rett til å bestemme hvordan arbeidet skal gjøres, og arbeidstakeren må bøye seg for det arbeidsgiver bestemmer. Arbeidsgivers styringsrett er imidlertid ikke ubegrenset, og arbeidstakers plikt til å følge anvisningene gjelder bare innenfor arbeidspликтens art og omfang. Spørsmålet om hva som faller innenfor arbeidspликтens art og omfang, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle med arbeidsavtalen som ramme.

I saken her hadde trygdekontoret fått gjentatte klager på måten A hadde møtt publikum og såkalte samarbeidspartnere. Trygdesjefen anså det nødvendig å rydde opp i situasjonen og fant det naturlig at de som følte seg krenket, fikk en unnskyldning. Det kan ikke være tvil om at det i alle fall som et utgangspunkt er en ledelsesoppgave å opptre på vegne av trygdekontoret i en slik situasjon. Saken gjaldt tjenestehandlinger A hadde utført på trygdekontorets vegne, og i den grad det skulle bes om unnskyldning, måtte det være på kontorets vegne. Det faller derfor utenfor arbeidsgivers styringsrett å pålegge A personlig å be om unnskyldning.

På den annen side ville det ha vært i orden om arbeidstakeren hadde blitt forespurt om hun var villig til å gi en unnskyldning av mer personlig art. Men en slik unnskyldning må være frivillig, og ikke komme som følge av et pålegg.

Skrivet er nettopp formulert som et pålegg der A blir bedt om å kontakte «brukerane og samarbeidspartnarar» og be om unnskyldning. Slik dette fremstår, går det ut over det trygdesjefen kunne pålegge A. Pålegget fremstår ut fra dette som en disiplinærmessig foranstaltning.

Trygdekontoret har i forbindelse med undersøkelsene herfra poengtert at beklagelsen skulle skje i samarbeid med ledelsen, og opplyst at kontoret var åpent for andre forslag fra As side med hensyn til hvordan tilliten kunne gjenopprettes. Dette er vel og bra, og det jeg har fremholdt ovenfor, er ikke til hinder for at arbeidsgiveren pålegger en arbeidstaker å medvirke til å gjenopprette publikums tillit til virksomheten sammen med ledelsen på en egnet måte. En arbeidstaker som gjør en feil, plikter etter evne å bidra til å bøte på virkningene når arbeidsgiveren ber

om det. Den formen som ble valgt i pålegget fremsto imidlertid som uforholdsmessig personlig belastende for A.

Spørsmålet om det var saklig og tilstrekkelig grunnlag for å gi A en tilrettevisning og pålegge henne å bidra til å rette opp forholdet mellom trygdekontoret og de som følte seg krenket, finner jeg etter omstendighetene ikke grunn til å gå nærmere inn på. Jeg viser i denne sammenheng til at saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig, og faktiske forhold dermed er vanskelig å få belyst i tilstrekkelig grad til at jeg kan foreta en selvstendig vurdering. Jeg vil imidlertid anbefale at pålegget gjennomgås på nytt i lys av det jeg her har sagt.

[...]

Jeg ber om å bli holdt orientert om hva trygdekontoret videre foretar seg med hensyn til pålegget.»

På bakgrunn av en ny henvendelse fra A ble trygdekontoret minnet om saken. I brev hit opplyste trygdekontoret at det gjentatte ganger hadde forsøkt å komme i dialog med A uten å lykkes. Trygdekontoret opplyste at det som arbeidsgiver når som helst var villig til å gjennomgå punktene i pålegget på nytt, men at dette på grunn av sakens alvorlige karakter ikke ville foregå ensidig fra arbeidsgivers side.

I brev til trygdekontoret viste jeg til min uttalelse og ga uttrykk for at det var vanskelig å se at det skulle være noe i veien for at trygdekontoret av eget tiltak og uten forutgående dialog, kunne trekke tilbake den delen av pålegget som gikk ut på at A skulle be de aktuelle brukerne om unnskyldning. Jeg ba derfor på nytt om at dette ble gjort med underretning til klager og kopi hit.

22.

Tildeling av fastlegehjemmel – sakens opplysning

(Sak 2004–1544)

En fastlegehjemmel i en kommune ble delt på to leger. Klageren fikk ikke tilbud om hjemmelen ut fra en helhetsvurdering. Han ble vurdert som bedre faglig kvalifisert enn den ene av legene som fikk hjemmel, men ble ikke innkalt til intervju. Under helhetsvurderingen ble kandidatens personlige skikkethet for stillingen og klagerens norskkunnskaper trukket inn. Spørsmålet var om kommunens vurderinger ved tildelingen bygget på et forsvarlig grunnlag. Dette gjaldt særlig klagerens krav på å få anledning til å bidra til å sikre sakens opplysning – og kommunens selvstendige undersøkelsesplikt og ansvar for sakens opplysning.

Ombudsmannen pekte på at det var en mangel ved kommunens kvalifikasjonsvurdering at den i stor grad ble basert på udokumenterbare opplysninger om manglende norskkunnskaper. Videre kritiserte ombudsmannen at kommunen unnlot å innkalle kla-

geren til intervju, særlig i lys av at han ble vurdert som bedre faglig kvalifisert enn den ene av søkerne som ble tildelt fastlegehjemmel. Klageren hadde lang botid i Norge, utdanning på høyt nivå og lang arbeidserfaring i landet. Meldinger om språkproblemer burde da ikke ubetinget ha blitt lagt til grunn, og ville enkelt latt seg etterprøve i en intervjusituasjon.

Ledige fastlegehjemler ved Æ legesenter i X kommune ble lyst ut i Tidsskrift for Den norske lægeforening. Det kom inn 12 søknader til to stillinger, deriblant fra dr. A. Stillingene ble tilbudt dr. B og dr. C. Tildelingsprosedyren ble gjennomført av helse-sjefen og av den øvrige legen ved Æ legesenter, dr. Y.

Dr. As klage til kommunen ble behandlet av formannskapet som klageutvalg. Som underlagsmateriale fulgte rådmannens saksfremlegg. Det ble fattet slikt vedtak:

«Klage fra dr. A v/advokat Z, over tildeling av avtalehjemmel for fastlege ved Æ legesenter tas ikke til følge.»

Kommunen ble i brev herfra bedt om å kommentere saksbehandlingen. Spørsmålene herfra er gjentatt i kommunens svar:

«Advokat Z kommer i klagen til ombudsmannen med flere innvendinger mot behandlingen av saken. Han anfører blant annet at saken ikke har vært forsvarlig opplyst med hensyn til norsk-kunnskapen til dr. A [...]. Ombudsmannen ber om kommunens merknader til dette, jf § 17 i forvaltningsloven 10. februar 1967. Burde klageren i det minste for å avklare dette spørsmålet ha vært innkalt til intervju?»

X kommune meiner at saka var godt nok opplyst når det blei truffe vedtak om tildeling av fastlegeheimel.

Vedtaket er eit enkeltvedtak etter forvaltningslova § 2, 1. ledd bokstav b, og det ligg føre rammeavtale mellom Kommunenes Sentralforbund og Den norske lægeforening om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene (Kommuneavtalen). I avtalen pkt 5.5 står det: «Ved utpeking til ledig hjemmel i gruppepraksis skal øvrige legers uttalelse tillegges avgjørende vekt, med mindre særlige grunner foreligger». X kommune tolkar dette punktet i avtalen slik at utsagn frå øvrig lege ikkje kan settast tilside med mindre konkrete og spesielle omstende tilseier noko anna. Denne tolkinga er i samsvar med kommentar til likelydande avtaleklausul i «kommentarutgave til rammeavtale (sentral kommuneavtale) mellom Oslo kommune og Den norske lægeforening om privat allmennlegepraksis i fastlegeordningen i Oslo kommune», publisert på www.legeforeningen.no.

X kommune er bunden av rammeavtalen og skulle leggja avgjerande vekt på utsagn frå øvrig lege ved Æ legesenter, dr. Y. [...].

X kommune vurderte det slik at det ikkje var konkrete eller spesielle omstende som tilsa at dr. Y sine utsagn ikkje skulle tillegast avgjerande vekt. Det blir lagt til grunn at utsagnet skulle set-

tast til side dersom ho utan sakleg grunn forskjellsbehandla kandidatane, la vekt på utenforliggende omsyn, eller la til grunn feil fakta, dersom tildeling blei urimeleg eller dersom det ikkje var andre kvalifiserte kandidatar. Spørsmålet blir derfor om saka var godt nok opplyst til at kommunen kunne vurdere utsagnet.

X kommune meiner at saka var godt nok opplyst til å vurdere at dr. Y ikkje forskjellsbehandla kandidatane eller la vekt på utenforliggende omsyn. Det blir vist til kommunen sitt brev til A, der det blir gjort greie for kva det er lagt vekt på ved tildeling. I brevet kjem det bl.a. fram at det blei lagt vekt på at legane til sammen godt dekket det som krevst av kunnskap om organisering og drift av legesenter, språk- og kommunikasjonsferdigheter, ryddighet og evne til å samarbeide med andre kommunale instanser. Det blir også vist til kommunen sitt brev til advokat Z, der det blei opplyst at [helsesjefen] og dr. Y saman vurderte kandidatane.

X kommune meiner vidare at saka var godt nok opplyst til å kunna vurdere om dr. Y la til grunn riktige faktiske forhold. Det blir gjort gjeldende at kommunen hadde tilstrekkelig kjennskap til klagar sin kommunikasjonsevne og at det ikkje var behov for intervju for å avklare hans norsk-kunnskap. Det blir vist til kommunen sitt brev til A, der det bl.a. blei opplyst at «både --- legevakt og --- sykehjem [har] gitt uttrykk for at pasienter melder at de ikkje fullt ut føler seg forstøtt...».

«Mener kommunen for øvrig at meddelelser som språkproblemer er vurderinger og ikke faktiske opplysninger som parten vil ha krav på inn-syn i?»

Kommunen meiner at utsegn om språk- og kommunikasjonsevne er faktiske forhold, medan det å vurdere språk- og kommunikasjonsevne, og det å ta stilling til utsegna, er vurderingar.

«Er det for øvrig åpenbart at forskrift om partsoffentlighet i tilsetting i den offentlige forvaltning kommer tilsvarende til anvendelse ved tildeling av fastlegehjemler?»

Kommunen meiner det ikkje er åpenbart at forskrift om partsoffentlighet i tilsetting i den offentlige forvaltning kan nyttast tilsvarende ved tildeling av fastlegeheimelen. Det blir likevel hevda at det hadde noko føre seg å gjera det i den konkrete problemstillingen det blei gjort i denne saka. Klagar ytra sterke ønske om ei grunngeving, og kommunen oppfatta det slik at han frykta å vera utsett for diskriminering. ...»

Svaret fra kommunen ble forelagt klagerens advokat, som ikke kunne se at svaret inneholdt opplysninger egnet til å endre As standpunkt i saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Generelt om kvalifikasjonsvurderingene ved tildeling av fastlegehjemler

Ved tildeling av fastlegehjemler oppstår spørsmålet om etter hvilke vurderinger tildelingene skal skje.

Kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4-2 første ledd 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.»

I forarbeidene til bestemmelsen er det lagt til grunn at tildelingsvedtakene har likhetstrekk med tilsettingssaker, jf. Ot.prp. nr. 66 (1981–82) side 34 annen spalte, hvor det heter:

«Siden utbetaling av driftstilskudd fra kommunen er avhengig av avtale med kommunen, bør kommunene la det bli en åpen konkurranse mellom interesserte, hvor den best kvalifiserte får fortrinn. Kommunen vil på sin side bare kunne inngå et begrenset antall avtaler, og derfor bør man gå fram på lignende måte som ved ansettelse i faste stillinger.»

I saksfremlegget til formannskapet er det opplyst at X kommune mener å ha forholdt seg til kvalifikasjonsprinsippet; «dvs at den legen som etter en helhetsvurdering fremstår som den best kvalifiserte, blir tilbudt hjemmelen». Dette er for øvrig i tråd med tidligere uttalelser herfra, bl.a. i ombudsmannens årsmelding for 1998 side 101–106.

Jeg har i flere tidligere saker formulert kvalifikasjonsvurderingen i tilsettingssaker slik:

«Siktemålet vil normalt være å finne frem til den av søkerne som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering må anses som best kvalifisert. Ved vurderingen tas utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.»

2. Kommunens kvalifikasjonsvurdering

Kommunen har selv, i saksfremlegget til formannskapet, gitt uttrykk for at dr. B var den som samlet sett hadde best legekompentanse, men at dr. A ut fra den faglige kompetansen måtte rangeres foran dr. C. Det fremgår videre:

«Helhetsvurderingen omfatter imidlertid også en vurdering av kandidatens personlige skikkethet for den rollen som skal utøves. I den utstrekning det er angitt spesielle kvalifikasjonskrav i kommunens utlysningstekst, er det relevant å trekke disse inn i vurderingen av skikketheten. For nærværende stilling var det uttrykkelig angitt i utlysningen at *søkere må ha norsk-kunnskaper på et høyt nivå*.

For kommunen har vurdering av den personlige skikketheten vært utslagsgivende. Et av elementene som har talt i As disfavør er nettopp tilbagemeldinger om at hans norsk-kunnskaper volder problemer for de pasientene han skal betjene.

Et annet viktig element er vurderingen av hans skikkethet i forhold til utøvelsen av en fastlegepraksis.»

Den eneste konkrete begrunnelse for disse vurderingene som fremkommer i saksfremlegget synes å være at:

«både --- legevakt og --- sykehjem [har] gitt uttrykk for at pasienter melder at de ikke fullt ut føler seg forstått, og sykehjemets styrer sier at det ser ut til å gå litt tungt for dr. A å tilpasse seg det øvrige personellet rutiner.»

Det er ikke rettslig grunnlag for å kritisere at det ble stilt krav om og lagt vekt på norskkunnskaper. Dette er et rimelig krav for at fastlegen skal kunne utøve sin jobb på en forsvarlig måte. Etter det som er skrevet om kvalifikasjonsvurderingen over, kan kommunen heller ikke være avskåret fra å legge vekt på personlig skikkethet i forhold til utøvelsen av en fastlegepraksis. Jeg er så langt enig med kommunen i at spørsmålet i saken er om kommunens vurderinger bygget på et forsvarlig grunnlag. Det er imidlertid naturlig at kravene til kommunens vurderinger skjerpes dersom den vil tillegge momenter som ligger i ytterkanten av lovens kriterium «faglig best skikket» avgjørende vekt.

3. Bygget kommunens vurderinger på et forsvarlig grunnlag?

3.1 Partens krav på å få anledning til å bidra til å sikre sakens opplysning

Det er fra dr. As side anført at X kommune hadde plikt til å forelegge ham meldinger om manglende språkkunnskaper og uttalelser om manglende personlig skikkethet, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 andre ledd, jf. §§ 18 og 19.

I brev fra X kommune til advokaten 3. september 2003 orienterte kommunen om at meldingene ikke var skriftlige, og at de følgelig ikke kunne fremlegges. Dette er ikke tilfredsstillende. Jeg har i flere tidligere saker gitt uttrykk for at hensynet til forsvarlig saksutredning, behovet for i ettertid å kunne kontrollere hva som har vært gjort og sagt, samt hensynet til partenes tillit til forvaltningens vedtak tilsier at opplysninger i et tilfelle som det foreliggende blir nedtegnet. Se for eksempel ombudsmannens årsmelding for 2003 side 99–102 (på side 101). Nedtegningsplikten kan følge av at forvaltningsloven § 11 d annet ledd også får anvendelse selv når opplysningene kommer fra andre enn parten selv, jf. Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (2000) side 195. Under enhver omstendighet er det ikke tvilsomt at plikten følger av alminnelige krav til god forvaltningsskikk. At dette ikke ble gjort må kritiseres. Dette gjelder uavhengig av om parten hadde krav på innsyn i opplysningene eller ikke.

I brevet til advokaten la kommunen til grunn at det under enhver omstendighet dreide seg om vurderinger som klageren ikke hadde krav på å bli gjort kjent med. Det ble lagt til grunn at forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning 21. november 1980 nr. 13 § 3 måtte gis tilsvarende anvendelse i denne saken.

At utgangspunktet er at de samme kriterier må tillegges vekt ved en tildeling av en fastlegehjemmel

som ved en tilsetning, betyr ikke at enhver regel som gjelder for tilsetninger nødvendigvis også må gjelde for en slik tildeling. Etter sin ordlyd gjelder forskriften bare i saker om tilsetning. Jeg kan vanskelig se at forskriften må gis anvendelse også ved tildeling av fastlegehjemler. Forskriften har blant annet til formål å begrense partsoffentligheten i tilsettingsaker ut fra en nærmere avveining av partens legitime interesser og praktiske ulemper for tilsettingsmyndigheten. I den utstrekning forskriften begrenser partens rettigheter i forhold til hva som ellers ville ha fulgt av loven, må man ha klare holdepunkter og gode begrunnelser for at forskriften skal gis en analogisk anvendelse på et annet virkeområde. Jeg kan ikke se at så er tilfellet i den foreliggende sak.

For enkeltvedtak gjelder blant annet at det «[d]ersom [forvaltningsorganet] under saksforberedelsen mottar opplysninger om en part [...] og parten etter § 18, jfr. § 19 har rett til å gjøre seg kjent med disse opplysningene, skal de forelegges ham til uttalelse», jf. forvaltningsloven § 17 annet ledd, med enkelte unntak oppstilt i bokstavene a-c.

Etter forvaltningsloven § 18 tredje ledd (og for øvrig partsoffentlighetsforskriften § 3 første punktum, jf. annet punktum) har en part rett til å gjøre seg kjent med «faktiske opplysninger» selv om opplysningene i utgangspunktet omfattes av unntakene i bestemmelsen.

På bakgrunn av kommunens uttalelse til advokaten, ble kommunen herfra bedt om å avklare om den mente at meddelelsene om språkproblemer var vurderinger og ikke faktiske opplysninger. I kommunens svar gis det uttrykk for at kommunen mener at uttalelser om språk- og kommunikasjonsevne er faktiske forhold, mens det å vurdere språk- og kommunikasjonsevnen, og det å ta stilling til utsagnene, er vurderinger.

Jeg tolker kommunens svar slik at den nå vurderer meddelelsene om kommunikasjonsproblemer som faktiske opplysninger som kommunen hadde plikt til å la dr. A gjøre seg kjent med etter forvaltningsloven § 17 annet ledd. Dette er i så fall en vurdering jeg deler. At det forelå slike opplysninger, og eventuelle konkrete hendelser opplysningene var bygget på, var etter min vurdering faktiske opplysninger som det var kritikkverdig av kommunen ikke å forelegge for dr. A. At dette ikke ble gjort var særlig uheldig når det var disse opplysningene som ble tillagt avgjørende negativ betydning, jf. at kommunen selv vurderte dr. A som bedre faglig kvalifisert enn den ene av legene som ble tildelt hjemmel.

3.2 Kommunens selvstendige undersøkelsesplikt og ansvar for sakens opplysning

Kvalifikasjonsvurderingen vil som nevnt over i stor grad bero på skjønn. Utgangspunktet følger imidlertid av lovens kriterium «faglig best skikket». Selv om kommunen er bundet av rammeavtalen, kan ikke

den sette loven til side. I brevet hit 1. juni 2004 skriver kommunen at den på grunn av avtalen «skulle legga avgjerande vekt på utsagn frå øvrig lege ved Æ legesenter, dr. Y». Som kommunen også er inne på i sitt svar hit, kan imidlertid en slik avtale ikke fraskrive kommunen kontrollansvaret i forhold til uttalelsen fra gjenværende lege.

Jeg vil heller mene at kontrollansvaret blir strengere i et slikt tilfelle. Det er kommunen som har ansvaret for og myndighet til å tildele fastlegehjemlene. Tildelingen er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd første punktum, og tildelingsorganet har plikt til å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 17 første ledd første punktum. En forutsetning for at det skal kunne legges stor vekt på gjenværende leges synspunkter, må derfor være at disse så langt det er mulig undergis en selvstendig etterprøving av kommunen. I en sak som denne vil intervjuer av aktuelle søkere normalt kunne bidra til saksopplysningen, især når det endog legges avgjørende vekt på personlige egenskaper. Intervjuer vil være et middel til å utdype og klargjøre søkerens kvalifikasjoner og til å gi vedtaksmyndigheten en mulighet til å danne seg et personlig inntrykk av søkerne.

X kommune mener at den hadde tilstrekkelig kjennskap til klagerens kommunikasjonsevne, og at det ikke var behov for intervju for å avklare hans norskkunnskaper.

Etter det opplyste kom dr. A til Norge i 1986, fullførte medisinstudiet ved Universitetet i Bergen i 1993 og var ferdig turnuskandidat i 1995. I tiden etter arbeidet han hovedsakelig i Norge, med unntak av en periode på et halvt år da han var tilsatt ved et utenlandsk universitetssykehus. Selv etter 17–18 år i landet går jeg ut fra at de fleste utlendinger som har kommet hit i voksen alder snakker med aksent og gjerne med mindre grammatiske feil. Selv om kommunen i utlysningsteksten stilte krav om «norskkunnskaper på et høyt nivå», vil det være lite rimelig å tolke dette så strengt at slike eventuelle mangler skulle tillegges nevneverdig betydning. Det avgjørende må være om vedkommende behersket det norske språket i en slik grad at han kunne kommunisere utvunget med pasienter, uten vanskeligheter eller fare for misforståelser. Jeg understreker at jeg ikke har grunnlag for å vurdere dr. As norskkunnskaper. Slik saken er opplyst, finner jeg likevel at det som utgangspunkt må sies å ha formodningen mot seg at han ikke skulle være i stand til å kommunisere forsvarelig etter så lang tid i landet.

Slik saken fremstår, mener jeg det var kritikkverdig og en mangel ved kommunens kvalifikasjonsvurdering, som for en stor grad ble basert på udokumenterbare opplysninger om manglende norskkunnskaper, at X kommune unnlot å innkalle dr. A til intervju, særlig i lys av at han ble vurdert som bedre faglig kvalifisert enn den ene av søkerne som ble til-

delt fastlegehjemmel. Etter så lang tid i Norge, med utdannelse på høyt nivå og lang arbeidserfaring i landet, burde meldingene om språkproblemer ikke ha blitt lagt ubetinget til grunn, og de ville enkelt latt seg etterprøve i en intervjusituasjon. Jeg tilføyer at man da også hadde hatt anledning til å konfrontere dr. A med opplysningene om hans skikkethet i forhold til å drive fastlegepraksis. ...

5. Oppsummering

De kritikkverdige forholdene jeg har påpekt ovenfor gjør at jeg må konkludere med at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum. Jeg anmoder derfor kommunen om å vurdere på nytt om saken var tilstrekkelig opplyst da vedtaket om tildeling ble truffet. Jeg ber om å bli holdt orientert om kommunens fornyede vurdering.»

Kommunen vurderte etter dette saken på nytt, og tok i brev hit til etterretning de forhold som var kritisert herfra. Det ble opplyst at det for fremtiden var innarbeidet rutiner for skriftlig nedtegnelse av de opplysninger kommunen bygger på ved sin avgjørelse.

Kommunen fastholdt imidlertid at saken var godt nok opplyst da det ble truffet vedtak om tildeling av fastlegehjemmel. Det ble bl.a. vist til at helsesjefen ikke hadde grunn til å tvile på opplysningene om dr. As språkkunnskaper, herunder kommunikasjonsevner, som han hadde fra andre kommunale instanser og gjenværende lege. Det ble også vist til at dr. A senere hadde søkt på en annen ledig fastlegehjemmel og at han da ble innkalt til intervju. Helsesjefen fikk da selv vurdere dr. As personlige egnethet, herunder språklige ferdigheter. Helsesjefens eget inntrykk var da at dr. As kommunikasjonsevner var dårlige i forhold til de krav som må stilles til en allmennlege.

Jeg tok kommunens fornyede vurdering til etterretning, men fant grunn til å knytte enkelte merknader til kommunens svar:

«I mitt brev 20. august 2004 til kommunen stilte jeg bl.a. spørsmål om forholdene rundt dr. As norskkunnskaper var tilstrekkelig opplyst for kommunen, som har ansvaret for og myndighet til å tildele fastlegehjemler, før vedtak om tildeling ble truffet. Kommunen har vist til at helsesjefen bygget sitt vedtak på opplysninger fra andre kommunale instanser og fra gjenværende lege. Kommunens ansvar for sakens opplysning innebærer også en plikt til å undersøke om de forhold det legges vekt på medfører riktighet, uavhengig av hvilken vekt som skal legges på gjenværende leges uttalelse. Kommunen har opplyst at helsesjefen ikke hadde grunnlag for å tvile på opplysningene. Jeg ga uttrykk for at det med dr. As oppholdstid i landet, med utdannelse på høyt nivå og

lang arbeidserfaring, i utgangspunktet måtte sies å ha formodningen mot seg at han ikke skulle være i stand til å kommunisere forsvarlig med pasienter. Jeg mente at dette var forhold kommunen burde undersøkt nærmere før vedtak i saken ble truffet, og at spørsmålet enkelt ville ha kunnet la seg avklare i en intervjusituasjon.

At helsesjefen i en senere tildelingssak har innkalt dr. A til intervju og at dette bekrefter opplysningene helsesjefen bygde på, avhjelper ikke eventuelle mangler ved kommunens utøvelse av sin undersøkelsesplikt og sitt ansvar for sakens opplysning i den foreliggende saken. Derimot kan helsesjefens håndtering av den nye saken etterlate et inntrykk av at kommunen var usikker på om den virkelig hadde tilstrekkelige opplysninger om dr. As personlige egnethet, herunder norskkunnskaper.»

Offentlige verv

23.

Saksbehandlingen i forbindelse med en beslutning om å fjerne barnas representant i det faste utvalget for plansaker

(Sak 2004–1619)

Kommunestyret avsatte i funksjonsperioden en person som var utpekt til barnerepresentant i det faste utvalget for plansaker. Han klaget til ombudsmannen over måten saken var behandlet på i kommunen og ba ombudsmannen vurdere om det var adgang til å avsette representanten slik det var gjort.

Ombudsmannen kritiserte den behandlingen saken hadde fått forut for behandlingen i kommunestyret og i kommunestyret. Han ga bl.a. uttrykk for at kommunestyret ikke fritt kunne frata barnerepresentanten vervet før funksjonsperiodens utløp. Ombudsmannen fant likevel ikke grunn til å karakterisere kommunestyrets vedtak som ugyldig.

Grimstad kommunestyre valgte i 1999 A som barnas representant i det faste utvalget for plansaker i kommunen. Fredag 24. januar 2003 ble A innkalt av ordføreren til straks å møte partienes gruppeledere. Under dette møtet ble A overlevert et skriftlig notat, der det bl.a. het:

«Partiene i kommunestyret har i lang tid merket seg og vurdert måten du har skjøttet funksjonen som barnas representant. Rådmannen har i tillegg henvendt seg til ordføreren med bekymring om hvilke konsekvenser din adferd har for arbeidsmiljøet i kommunen. [...]

Når kommuneprosessen nå skal starte opp for fullt, ser partiene seg heretter ikke tjent med at du innehar funksjonen som barnas representant. Gruppelederne begrunner dette med følgende to forhold:

- Måten du skjøtter funksjonen som barnas representant skader Grimstads omdømme. Grimstads anseelse styrkes ved at parter snakker godt om hverandre og ved at man sprer de gode «ryktene». Gjennom et langvarig og systematisk arbeid har kommune og næringsliv i fellesskap lyktes med å skape et positivt bilde av Grimstad. Måten du arbeider på og måten du omtaler Grimstad på, bidrar til det stikk motsatte.
- Din adferd som barnas representant bidrar til konflikter og skaper misstemning og et arbeidsmiljø som ingen er tjent med. Det oppleves ikke at du bygger tillit og inviterer til samarbeid. Kommunestyret kan som arbeidsgiver ikke akseptere de konsekvenser for arbeidsmiljøet som din konfrontasjonslinje medfører.

Gruppelederne understreker at vår manglende tillit til barnas representant ikke er knyttet til de saker du arbeider med og de initiativ du har tatt i denne forbindelse. Denne saken er heller ikke knyttet til den konstruktive kritikk du har kommet med i mange saker i bygningsrådet.

Gruppelederne gir deg herved et tilbud om å trekke deg frivillig fra funksjonen som barnas representant. Dette kan begrunnes i det kommuneplanarbeid som nå igangsettes, og at rollene som plankonsulent og som barnas representant ikke er forenlig i denne prosessen. Dersom du ikke trekker deg frivillig og har sendt søknad om fritak til ordføreren innen mandag 27. januar kl 13.00, vil kommunestyret i møte samme dag erklære at de ikke har tillit til deg og utpeke en annen ansatt som barnas representant».

A meddelte at han ikke trakk seg. Det ble så berammet et møte i kommunestyret mandagen etter. I ordførerens saksfremlegg til møtet het det bl.a.:

«Fakta:

Til å ivareta funksjonen som barnas representant i bygningsrådet utpeker kommunestyret en etatsjef eller annen ansatt med barnefaglig kompetanse. I denne valgperioden er A utpekt til å ivareta vervet, med B som vararepresentant. Kommunestyret står fritt til når som helst å utpeke en annen representant.

I møte 24.01.03 meddelte ordføreren og gruppelederne for AP, KrF, H, FrP og SP til barnas representant A at partiene heretter ikke ser seg tjent med at han innehar funksjonen som barnas representant. Begrunnelsen for dette framgår av vedlagte notat.

A meddeler i svarbrevet at han ønsker å fortsette i vervet. Han ønsker å inngå i en dialog med gruppelederne om sin rolle og utøvelsen av rollen.

Vurdering:

Ordføreren ser ingen hensikt i å gå inn i en dialog om saken. Gruppelederne understreker i notatet at den manglende tillit til barnas representant ikke har sammenheng med de saker han arbeider med og de initiativ han har tatt i denne forbindelse, og er heller ikke knyttet til den konstruktive kritikk han har kommet med i mange saker i bygningsrådet. Gruppelederne viser til at den manglende tillit skyldes:

- Måten A skjøtter funksjonen som barnas representant skader Grimstads omdømme.
- As adferd som barnas representant bidrar til konflikter og skaper misstemning og et arbeidsmiljø som ingen er tjent med. Kommunestyret kan som arbeidsgiver ikke akseptere de konsekvenser for arbeidsmiljøet som konfrontasjonslinjen medfører».

Kommunestyret vedtok å løse A fra vervet. Vedtaket ble truffet med 29 stemmer.

Det ble deretter fremsatt to separate lovlighetsklager mot vedtaket. Fylkesmannen kom til at det ikke var grunnlag for å kjenne kommunestyrets avgjørelse ugyldig.

Gjennom advokat Ola Mæland klaget A hit. I klagen ble det gjort gjeldende at det ikke er adgang til å fjerne en valgt representant i bygningsrådet underveis i en løpende valgperiode, at vedtaket var ugyldig fordi det ikke var forsvarlig opplyst og undergitt kontradiktorisk saksbehandling og at kommunen i vesentlig grad har misligholdt sine forpliktelser som arbeidsgiver og påført A en merbelastning gjennom den måten avsettelsen skjedde på.

I brev herfra ble Fylkesmannen i Aust-Agder anmodet om å gi sitt generelle syn på hvor lang oppnevningstid barnerepresentantene har. Det ble spurt om kommunestyret sto like fritt til å frata en person vervet som å tildele det.

Til saksbehandlingen ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for hvorfor de generelle reglene om innkalling etc. i kommuneloven ble fraveket i saken. Det ble også bedt om fylkesmannens vurdering av om saken var godt nok opplyst. Fylkesmannen ble dessuten spurt om ikke sakens karakter tilsa en noe mer omfattende saksbehandling, som for eksempel at A fikk forklare seg før kommunestyret tok stilling til saken. Det ble særlig vist til at A i sitt brev til kommunestyret 26. januar 2003 uttalte at han fant gruppeledernes notat «dypt krenkende» og at han ønsket «en dialog» om saken.

Fylkesmannen ble videre spurt om den begrunnelsen som ble gitt for kommunestyrets vedtak, var tilstrekkelig, hensett til den rollen barnerepresentanten etter loven er ment å ha. Det ble også bedt om fylkesmannens vurdering av det «tilbudet» som A ble gitt i forkant av kommunestyrets behandling.

Fylkesmannen i Aust-Agder besvarte henvendelsen herfra slik:

«Fylkesmannen vil innledningsvis påpeke at kommunen ikke har bestridt As kompetanse og faglige dyktighet ved utførelsen av oppgaven som barnas representant i bygningsrådet. Det som er kommunens anførte begrunnelse for å utpeke en ny representant er den måten oppgaven er blitt utført på. Slik fylkesmannen oppfatter kommunen er det manglende samarbeidsevne og hensynet til arbeidsmiljøet i kommunen som har fått kommunen til å gå til det uvanlige skritt å utpeke ny representant for barna før funksjonstidens utløp når den utpekte fortsatt er ansatt i kommunen.

[...]

Ad. p. 1. Rettsgrunnlaget for å løse barnerepresentanten fra sitt verv:

Etter pbl. § 9–1 er det ikke fastsatt noen tidsbegrensning for hvor lang tid utpekingen av barnas representant kan vare. Det er tale om utpeking av en ansatt i kommunen til oppgaven og loven foreskriver ikke at utpekingen skal knyttes til for eksempel kommunestyrets valgperiode. Miljøverndepartementet har i rundskriv T-4/98 gitt retningslinje for at kommunestyret skal gis anledning til å stadfeste eller endre valget «ved ny kommunestyreperiode». Det nyvalgte kommunestyret skal således gis anledning til å følge opp intensjonene i pbl. § 9–1. Kommunestyret kan velge å opprettholde (stadfeste) den utpeking som er gjort av det tidligere kommunestyret eller utpeke en ny representant. Kommunestyret må også stå fritt til å foreta utpeking for en bestemt tid (periode).

Det følger etter fylkesmannens syn herav at utpekingen til barnas representant etter pbl. § 9–1 ikke innebærer at den utpekte har noe rettslig krav på å få beholde oppgaven i fremtiden, evt. ut den perioden vedkommende er utpekt for. Det er slik fylkesmannen ser det ikke tale om et valg til et politisk verv/ombud som den valgte etter at valget er foretatt har en viss rett til å inneha.

Til Sivilombudsmannens spørsmål om fylkesmannen mener at kommunestyret står like fritt til å frata vervet som å tildele det, bemerkes at det i begge situasjoner beror på et fritt forvaltningsskjønn hvem kommunestyret vil utpeke og at skjønnnet må utøves på en måte som tilfredsstillende ulovfestede prinsipper for saklig og forsvarlig skjønnutøvelse/god forvaltningsskikk. Da det kan være ulike hensyn som gjør seg gjeldende i de to situasjonene kan det etter fylkesmannens syn ikke sies noe generelt om hvor «fritt» kommunestyret står til å foreta ny utpeking av representant. At den allerede utpektes interesse i å få fortsette og opparbeidet kompetanse er relevante momenter i det skjønnet kommunestyret skal utøve er klart, men det vil ikke nødvendigvis være avgjørende momenter ved kommunestyrets behandling av saken.

Til kommunens uttalelse om at kommunestyret er suverent til å foreta endring dersom det ikke ser seg tjent med at den valgte representanten innehar vervet, bemerkes at det må bero på en skjønnsmessig vurdering av bl.a. hvordan representanten utfører oppgaven i henhold til de sentrale og kommunale føringer som er gitt for funksjonen og om kommunestyret mener at en annen person er bedre skikket for å utføre vervet i den kommune det gjelder. I denne vurderingen vil samarbeidsevne være et relevant hensyn å vektlegge.

Fylkesmannen har tilskrevet kommunen ved brev datert 15.06.04 og anmodet om å få oversendt saksfremlegget for utpekingen av A og «oppnevningbrevet». I brev datert 20.07.04 har kommunen opplyst at det ikke foreligger noen saksfremstilling men kun en innstilling fra valgkomiteen. Utpekingen skjedde i kommunestyremøte 15.11.99. Vedlegg av protokollen er oversendt fylkesmannen. Det er videre opplyst at det ikke er sendt noe eget «oppnevningbrev» til A, men bare en utskrift av protokollen.

Ad p. 2. Saksbehandlingen:

Fylkesmannen har i brevet av 15.06.04 også forelagt Sivilombudsmannens spørsmål om hvorfor saken ikke ble fremmet for kommunestyrebehandling etter de «vanlige» regler i kommuneloven for møteinnkalling. Kommunen har i tilsvaret av 20.07.04 anført:

«Når det gjelder saksbehandlingen, har rådmannen intet å tilføye utover de vurderinger som fremgår av sak KS-035–03 (lovlighetskontrollen). KRDs opplysning om at kommunestyret står fritt til når som helst å utpeke en annen representant står helt sentralt i denne sammenheng. For ordens skyld vedlegges utskrift av KS-035/03 (vedlegg 2).»

Fylkesmannen vil tilføye at saksbehandlingen har preg av at kommunen har ansett det som nødvendig med en rask behandling av saken på bakgrunn av sakens noe spesielle karakter. Saken er derfor tatt opp direkte i kommunestyret.

Fylkesmannen har videre forelagt Sivilombudsmannens spørsmål om det foreligger andre dokumenter til forberedelsen av kommunestyrets vedtak enn notatet av 24.01.03 og As tilsvaret. Kommunen har ikke besvart dette spørsmålet i brevet av 20.07.04 og fylkesmannen antar da at så ikke er tilfelle.

Til Sivilombudsmannens spørsmål om ikke hensynet til A tilsa en noe mer omfattende saksbehandling, som for eksempel at A fikk forklare seg før kommunestyret tok stilling til saken, vil fylkesmannen bemerke at A fikk anledning til å forklare seg, men at han valgte å unnlate dette i sitt tilsvaret datert 26.01.03 til partienes gruppeledere ut over å bemerke «Jeg kjenner meg ikke igjen i den beskrivelse som blir gitt av meg i overnevnte brev.»

Som anført i fylkesmannens vedtak av 10.04.03 synes det vanskelig å foreta noen nærmere saksutredning om de to grunnlag som er anført i notatet datert 24.01.03 fra partienes gruppeledere mot As måte å utøve oppgaven som barnas representant på i kommunen. Vitneførsel for en rett synes bedre egnet til å avklare de betydelige samarbeidsproblemer som notatet og kommunens handlemåte i saken gir et klart uttrykk for. Som påpekt innledningsvis har kommunen ikke bestridt As kompetanse og faglige dyktighet ved utførelsen av oppgaven som barnas representant i bygningsrådet.

[...]

Ad p. 3.: Begrunnelsen for vedtaket:

Sivilombudsmannen reiser videre spørsmål om den begrunnelse som ble gitt i notat av 24.01.03 var tilstrekkelig for å frata A vervet hensett til den rolle som barnas representant etter loven er ment å ha. Fylkesmannen vil påpeke at det er av stor betydning for å få gjennomført en kommuneprosess med et godt resultat at de ulike aktører i prosessen i forsvarlig grad kan/har evne til å samarbeide. Slik fylkesmannen ser det er det ikke As kompetanse/dyktighet som er anfektet av partienes gruppeledere i notatet men hans evne til å samarbeide i en planprosess. Kombinasjonen av arbeidet som plankonsulent i sosialetaten og oppgaven som barnas representant i Bygningsrådet har også slik fylkesmannen oppfatter kommunen vist seg å være problematisk/uheldig,

og det må da være forsvarlig av kommunen å foreta en ny utpeking av barnerepresentant i anledning det forestående kommuneplanarbeidet. Etter fylkesmannens syn er samarbeidsevne et særlig relevant hensyn å ta ved utpeking av barnas representant etter pbl. § 9–1. Et stort flertall i kommunestyret må antas å ha tillagt dette forhold avgjørende vekt. Etter fylkesmannens vurdering er kommunestyrets vedtak om å utpeke en ny representant tilstrekkelig saklig begrunnet.

Til Sivilombudsmannens spørsmål om hvordan fylkesmannen vurderer «tilbudet» som ble gitt til A i forkant av kommunestyrebehandlingen, vil fylkesmannen bemerke at dette må sees i sammenheng med den meget vanskelige saken kommunen hadde å håndtere, og at det fra kommunens side vel også var et forsøk på å skåne A for den situasjon som en kommunestyrebehandling vil innebære av negativ karakter for han. Ordlyden i «tilbudet» synes for øvrig å avspeile alvoret i saken.

Hva angår Sivilombudsmannens siste spørsmål, om As ansettelsesforhold, vises til kommunens brev av 20.07.04 m. vedlegg. A var ansatt som plankonsulent før utpekingen i 1999 og han har fortsatt i stillingen i funksjonsperioden.

Fylkesmannen vil avslutningsvis påpeke at fylkesmannens myndighet i denne saken er begrenset til en kontroll av lovligheten av kommunestyrets vedtak etter kommunelovens § 59, og at fylkesmannen ikke kan prøve det «frie skjønn» kommunen har utøvet i saken ut over det som følger av læren om myndighetsmisbruk.»

På vegne av A hadde advokat Ola Mæland enkelte tilleggsmærknader til fylkesmannens svar. Fylkesmannen hadde ikke ytterligere merknader til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Ombudsmannens kompetanse til å behandle saken

As klage hit retter seg formelt mot fylkesmannens lovlighetskontroll av kommunens vedtak. Realiteten i klagen synes likevel å gjelde kommunens behandling av saken.

Etter ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd bokstav f) første punktum kan ombudsmannen ikke behandle klager over vedtak som bare kan behandles av kommunestyret selv, dvs. vedtak som ikke kan delegeres. Regelen er begrunnet med hensynet til det kommunale selvstyret, og at denne typen spørsmål som regel gjelder utpreget skjønnsmessige spørsmål av politisk karakter uten spesiell betydning for den enkelte borgers rettssikkerhet.

Da plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 9–1 bestemmer at barnerepresentanten skal utpekes av «kommunestyret», må bestemmelsen forstås slik at kommunestyret ikke har adgang til å delegere denne myndigheten.

Etter ombudsmannsloven § 4 første ledd bokstav f) annet punktum kan ombudsmannen likevel behandle saken dersom «han finner at hensynet til

rettssikkerheten eller andre særlige grunner tilsier det».

Jeg kom til at det var særlige grunner til å ta opp denne saken. Saken viser at det er uklare omkring barnerepresentantens rolle og rettslige status. Den reiser også spørsmål om en ordning som Stortinget har etablert for å sikre at barn og unges interesser blir hørt, gjennomføres slik at den fungerer etter hensikten.

Også hensynet til barnerepresentanten selv tilsier at ombudsmannen kan behandle saken. Måten A ble løst fra funksjonen på, måtte oppfattes som en personlig bebreidelse av ham. Saken har likheter med oppsigelse av tjenesteforhold. Saker om tjenesteforhold kan ombudsmannen behandle, noe som tilsier at ombudsmannen også kan ta opp en sak om å løse barnerepresentanten fra funksjonen.

2. Generelt om ordningen med barnas representant

Innledningsvis vil jeg se på grunnlaget for ordningen med barnas representant i det faste planutvalget.

Etter plan- og bygningsloven § 9–1 skal kommunene ha en slik funksjon. Bestemmelsens siste punktum lyder slik:

«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.»

Bestemmelsen kom inn i loven ved lovendring 21. april 1989 nr. 17 som følge av ønsket om å prioritere barn og unges interesser i planarbeidet. I Ot.prp. nr. 51 (1987–88) s. 43 ble det fremholdt at erfaringen hadde vist at barns interesser ofte ble tapende i forhold til andre interesser i kommunens planarbeid. Bestemmelsen ble da plassert som første punktum i § 10–2 om hvilke personer som hadde møterett og -plikt i bygningsrådet foruten dets egne medlemmer. I samme lovendring ble plan- og bygningslovens formålsbestemmelse utvidet til å presisere at det ved planleggingen skal legges til rette for å sikre barn gode oppvekstvilkår (se lovens § 2 tredje ledd).

Departementet begrunnet forslaget slik:

«Barn selv har ikke stemmerett og liten eller ingen innflytelse på avgjørelser som påvirker deres oppvekstmiljø. Miljøverndepartementet mener at barn derfor trenger talspersoner som kan ivareta deres interesser i planleggingen. [...] Med den sentrale rolle bygningsrådet har for utformingen av barns oppvekstmiljø finner Miljøverndepartementet etter en samlet vurdering at det bør innføres møterett i bygningsrådet for en talsperson med ansvar for barns interesser. [...] Departementet vil derfor foreslå at kommunene selv peker ut vedkommende etatsjef eller tjenestemann med særlig ansvar for barns interesser. Dette innebærer at vedkommende stiller på lik linje med de andre sektorer og forutsettes trukket

inn i plansamarbeid tidlig [...]. På denne måten kan en forebygge uheldige planløsninger og bidra til å ivareta barns interesser før det tas standpunkt til den enkelte plansak, dispensasjonssak eller byggesak. 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».

Ved kgl. res. 1. september 1989 ble det også gitt rikspolitiske retningslinjer for å styrke barn og unges interesser i planleggingen. Etter disse retningslinjene pkt. 4 d) har kommunen ansvar for at planprosessen organiseres slik at synspunkter som gjelder barn som berørt part, kommer frem, og at ulike grupper barn og unge selv gis anledning til å delta i den.

Ved tilpasningen av særlovgivningen til den nye kommuneloven av 1992, ble ordningen videreført, men bestemmelsen flyttet til plan- og bygningsloven § 9–1 siste punktum (se endringslov 11. juni 1993 nr. 85). Ordningen ble også noe utvidet ved at det ble klargjort at barnerepresentantens ivaretagelse av barn og unges interesser også skulle skje utenom det faste planutvalgets møter. Barnerepresentantens oppgave skulle således også omfatte forberedelsesfasen av planarbeidet, og dermed arbeid mot kommunens administrasjon.

Endringen på dette punkt var begrunnet i hensynet til oppfyllelse av FNs barnekonvensjon, som ble ratifisert av Norge i 1991. Av interesse for saken er konvensjonens art. 12, som i norsk oversettelse lyder slik:

«1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å gjøre danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et eget organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett».

I forarbeidene (Ot.prp. nr. 59 (1992–93) s. 85) ble det fremholdt at ordningen med en egen barnerepresentant var den eneste på kommunenivået som via lovgivningen hadde til hensikt

«å sikre barn som gruppe og berørt part i det fysiske miljø, gjennom blant annet å komme inn på et tidspunkt der det ennå er hensiktsmessig og mulig å endre saken».

Ved lovendring 1. august 2003 nr. 86 ble konvensjonen gjort til en del av menneskerettsloven, og dermed direkte anvendelig norsk rett. Jeg kan imidlertid ikke se at denne lovendringen får noen betydning for de spørsmålene denne saken reiser.

Konvensjonens art. 44 forplikter partene til å

inngi rapporter til FNs komité for barns rettigheter om hvordan partene gjennomfører konvensjonsforpliktelsene. I Norges *første rapport* til komiteen (avgitt i 1994) ble det gjort rede for etableringen av barnerepresentantordningen, og fremholdt at hensikten var å styrke barnets interesser i planprosessen. I rapporten medgis det imidlertid at «the arrangement concerning the municipal officer does not function satisfactorily in all the municipalities», men at departementet ville følge opp gjennomføringen av de rikspolitiske retningslinjene.

Komiteen ga 25. april 1994 sitt formelle svar på Norges rapport, og uttalte at den gjerne ville «foreslå at parten oppmuntrer til tiltak som kan gjøre det lettere for barn å være med og ta del i saker som angår dem, særlig på lokalplanet».

Norge ga 2. august 1996 sine kommentarer til komiteens svar. Det ble bl.a. fremholdt at det i Miljøverndepartementets rundskriv T-1/95 Barn og planlegging var understreket «betydningen av at man ved valg av barnerepresentant tar hensyn til i hvor stor grad han eller hun vil ha mulighet til å spille en aktiv rolle på et tidlig stadium i planleggingsprosessen». Norge rapporterte videre at det ble lagt «vekt på betydningen av å sikre at stillingen i organisasjonen samt den geografiske plasseringen av barnerepresentanten gjør representanten i stand til å formidle syn på vurderinger som må tas i betraktning på vegne av barn og unge». Det ble dessuten fremholdt at Barne- og familiedepartementet og Miljøverndepartementet samarbeidet om «å styrke retningslinjene når det gjelder barnerepresentantene, ved å bygge opp et nettverk mellom tjenestemenn ved fylkesmannens kontor og i fylkesadministrasjonen som er ansvarlige for å følge opp og veilede barnerepresentantene i kommunene og for å følge opp iverksettingen av de nasjonale retningslinjene for å fremme barn og unges interesser når det gjelder planlegging».

I Norges *andre rapport* til komiteen, avgitt i 1999, ble det gitt uttrykk for at de rikspolitiske retningslinjene for å sikre barn og unges interesser hadde spilt en «viktig rolle for spesifikke målsettinger og strategier i planleggingen på kommune- og fylkesplan», men at den praktiske oppfølgingen av dem i kommunale plansaker hadde vært varierende.

I komiteens svar juni 2000 på Norges rapport ble Norge «berømmet» for de tiltak som var gjort for å oppfylle barns rett til å bli hørt, «spesielt ved at det utnevnes barnerepresentanter på kommunalt nivå» (uthevet her). Komiteen delte likevel Norges «uttrykte bekymring over at man i praksis ikke i tilstrekkelig grad hører på barna og tar deres synspunkter på alvor».

I Norges *tredje rapport* til komiteen (avgitt i 2003) het det at erfaringen hadde vist at barn og ungdoms deltakelse virket positivt i lokalmiljøene, men at det fortsatt er langt igjen før alle kommuner fyller kravene til aktiv medvirkning fra barn og unge. Det

ble fremholdt at barn og unge skulle være med på å danne *beslutningsgrunnlag*. Det var derfor igangsatt revisjon av plan- og bygningslovgivningen, der målet er å stille enda klarere krav til barn og ungdoms deltakelse i planarbeidet. Komiteens svar på rapporten foreligger ennå ikke.

Jeg finner grunn til å nevne at «Forum for barnekonvensjonen» – en samling av rundt 50 organisasjoner som befatter seg med barns rettigheter – innga en rapport til komiteen parallelt til Norges andre offisielle innberetning. I denne ble det stilt spørsmål ved om alle kommuner virkelig hadde oppnevnt en barnerepresentant, og om de som var oppnevnt, i tilstrekkelig grad var kjent med at de virkelig representerte barns interesser. En undersøkelse som Redd Barna hadde foretatt, viste at 80% av ungdom mellom 13 og 18 år ikke var kjent med at det fantes en egen barnerepresentant.

Planlovgivningen er for tiden i støpeskjeen. I NOU 2001:7 Bedre kommunal og regional planlegging legges det stor vekt på barns og unges innflytelse i planprosessen. Det erkjennes at det til tross for barnerepresentantordningen er vanskelig for barn og unge å delta i planprosessene. Utvalget bemerket at planmyndighetene plikter å ivareta barn og unges interesser på en god måte i planleggingen, men inntrykket er at dette ikke fungerer godt nok.

Utredningen ble fulgt opp av NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven, som på s. 168 flg. refererer høringsuttalelsene til NOU 2001:7. Disse ga uttrykk for at de rikspolitiske retningslinjene måtte styrkes, og at kommunenes ansvar for å ivareta barnas interesser måtte bli klarere. Det heter videre:

«I høringsuttalelsene er det stor grad av enighet om at barnerepresentanten ikke alle steder og på alle måter har fungert slik hensikten opprinnelig har vært, selv om det i en del kommuner gjøres en meget bra jobb. Rollen blir ofte avhengig av den enkelte kommune og den enkelte barnerepresentant som person.

Det uttrykkes ønske om å styrke barnerepresentantens funksjon blant annet ved å få inn i lovverket muligheten for å peke på saksbehandlingsfeil, fra barnerepresentanten, når barn/unge ikke deltar i planprosessen etter intensjonene».

Jeg nevner også at høringsuttalelsen fra Barneombudet ga uttrykk for behovet for å styrke og utvide barnerepresentantens arbeidsområde, selvstendighet og autoritet, og at det måtte utarbeides forpliktende regler som sikrer en minstestandard for barnerepresentantenes tidsbruk samt regler for fritak for ordinære krav til lojalitet.

Barnerepresentantens oppgaver etter gjeldende rett er søkt utdypet i rundskriv T-4/98 Barn og planlegging s. 6 (rundskrevet er et uendret opptrykk av T-1/95). Det fremgår at barnerepresentanten har møteplikt, talerett og forslagsrett i det faste planutvalget. Representanten har også rett til å få gjort proto-

kollmerknader, men har derimot som kommunalt oppnevnt, ikke selvstendig klagerett over de vedtak som det faste planutvalget fatter.

I «Barnerepresentantens faktaperm», utgitt i fellesskap bl.a. av Miljøverndepartementet, Barne- og familiedepartementet, og Kommunenes Sentralforbund, fremholdes det at barnerepresentantens rolle er å være en «vaktbikkje» på vegne av barn og unge i plan- og byggesaker. Det understrekes imidlertid også at det ikke er hensikten at etableringen av ordningen skal erstatte øvrige organers plikt etter loven og rikspolitiske retningslinjer til å hensynta barns og unges interesser i planarbeidet. Barnerepresentanten skal heller ikke være et «lokalt barneombud», men konsentrere sitt arbeid om plansaker.

På bakgrunn av det kildematerialet som jeg har gått gjennom foran, synes det klart at barnerepresentanten skal påse at barn og unges interesser i planarbeidet ivaretas så vel i administrasjonen, i det faste planutvalget og i kommunestyret. For så vidt gjelder det siste, påpeker jeg at det er kommunestyret som har det overordnede «ansvaret for og ledelsen av kommuneplanleggingen og arbeidet med reguleringsplaner» etter plan- og bygningsloven § 9–1 første punktum.

Siden barn og unges interesser ofte vil kunne kollidere med andre interesser i planarbeidet, ligger det i sakens natur at barnerepresentanten ved utførelsen av vervet vil måtte konfrontere disse. Hva enten det dreier seg om en privat utbyggers interesse eller kommunale etaters interesser, vil barnerepresentantens arbeid kunne få frem til dels store interessekonflikter. At slike konflikter kan oppstå, kan verken anses unormalt eller uønsket. Tvert imot må det sies at hele formålet med ordningen er at barn og unges interesser er representert i planarbeidet, og at disse målbæres på en slik måte at de blir mest mulig jevnbryrdige med kolliderende interesser.

Barnerepresentantens oppgave er således ikke å representere kommunestyrets interesser i det faste planutvalget og i kommuneadministrasjonen, men barn og unges interesser i hele det kommunale planarbeidet.

Loven gir ingen anvisning på hvem som bør utnevnes til barnerepresentant. En begrensning ligger det i at det bare er kommunens egne tjenestemenn som kan utnevnes til barnerepresentant. Da kommunens tjenestemenn er underlagt bestemte lojalitetsplikter i forhold til sin arbeidsgiver, samtidig som forutsetningen for ordningen er at barnerepresentanten skal være en aktiv pådriver for barn og unges interesser, kan rollen by på betydelige utfordringer. Siden loven forutsetter at den som utpekes som barnerepresentant, allerede er ansatt i kommunen, bør kommunen legge vekt på å utpeke en person slik at faren for rollekonflikter reduseres. Når barnerepresentanten først er utpekt, må det være klart at barnerepresentanten står forholdsvis fritt til å utføre vervet i forhold til kommunen. Det er for øvrig uttrykkelig

sagt i Grimstad kommunes retningslinjer at barnerepresentanten er «politisk uavhengig og fristilt i utøvelse av funksjonen», og at han ikke er underlagt rådmannens instruksjonsmyndighet i utøvelsen av funksjonen. Som jeg har nevnt foran, er problemet med forholdet til lojalitetskravet tatt opp av Barneombudet i forbindelse med det pågående lovrevisjonsarbeidet.

At barnerepresentanten står fritt i forhold til kommunen ved utførelsen av vervet, har etter mitt skjønn både en side mot innholdet av det barnerepresentanten tar opp, og formen han velger for sitt arbeid. Barnerepresentanten står fritt til å ta opp de saker han ønsker og som han mener fremmer barn og unges interesser, såfremt det faller inn under hans saklige arbeidsområde. I stor utstrekning må barnerepresentanten også selv kunne velge den arbeidsform som etter vedkommendes mening best oppfyller mandatet. Den som innehar et offentlig verv, har imidlertid et ansvar for at dette skjøttes på en slik måte at det inngis tillit til den som innehar vervet og styrker vervets gjennomslagskraft.

Det er uklart om funksjonen som barnerepresentant skal anses som et særskilt ansvarsområde innenfor den stillingen vedkommende allerede har i kommunen, som et eget ansettelsesforhold eller som et offentlig verv. Det forhold at det er kommunestyret som oppnevner barnerepresentanten, og den selvstendige stilling i forhold til kommunen barnerepresentanten er ment å ha, tilsier etter min mening at funksjonen må anses å være et kommunalt verv. De nærmere konsekvensene av dette behandler jeg nedenfor.

3. Rettsgrunnlaget for å løse barnerepresentanten fra sitt verv

Som nevnt foran, kan jeg ikke se at funksjonen som barnas representant kan anses som en stilling eller et ansettelsesforhold. Av dette følger det at arbeidsrettslige regler om stillingsvern ikke kommer til anvendelse på funksjonen som barnerepresentant.

Det oppstår spørsmål om hvor lang periode barnerepresentanten er oppnevnt for og om hvilke vilkår som må være oppfylt for å løse representanten fra vervet.

Plan- og bygningsloven § 9–1 sier ikke noe om noen av disse spørsmålene. Grimstad kommune har lagt til grunn at kommunestyret sto fritt til «når som helst å utpeke en annen representant». Jeg oppfatter det også slik at fylkesmannen mener at avgjørelsen om å løse barnerepresentanten fra vervet beror på kommunens frie skjønn.

Det følger av Retningslinjer for barnas representant i Grimstad kommune pkt. 2 at kommunestyret «ved begynnelsen av hver valgperiode [skal] utpeke barnas representant med stedfortreder». Miljøverndepartementets rundskriv T-4/98 gir anvisning på en

tilsvarende løsning, men sier i tillegg at kommunestyret da skal gis anledning til å *stadfeste* eller *endre* valg av barnerepresentant. I NOU 2001:7 Bedre kommunal og regional planlegging er det under pkt. 16.3.12 Barn og unge, uten forbehold lagt til grunn at barnerepresentanten er oppnevnt for fire år av gangen.

Jeg forstår kommunens retningslinjer og rundskrivet slik at når kommunestyret ved begynnelsen av hver valgperiode skal peke ut ny barnerepresentant (eller gjenvelge den gamle), er forutsetningen også at kommunestyret *ikke ellers* under funksjonsperioden kan kalle tilbake mandatet fra den personen som ble utpekt, uten at det foreligger særlige omstendigheter som gjør dette påkrevet. Det ville etter min mening harmonere dårlig med formålet om å gi barn og unge et effektivt talerør, dersom kommunestyret skulle stå helt fritt til å peke ut en ny barnerepresentant i funksjonsperioden. Dette ville lett kunne fremstå som en sanksjon mot barnerepresentantens utførelse av vervet.

Det kan imidlertid være tvilsomt hvilke særlige omstendigheter som tilsier at barnerepresentanten kan løses fra vervet. Det synes ikke å foreligge noen praksis som belyser dette. Det må være et ledende synspunkt at innehaveren kan løses fra vervet dersom vedkommende går ut over mandatet for vervet eller ikke i tilstrekkelig grad oppfyller mandatet. Også dette utgangspunktet kan reise vanskelige avgrensningsspørsmål, både i forhold til hva mandatet innebærer og i forhold til måten vervet skjøttes på. Det ligger bl.a. en fare i at arbeidsmåten kan medføre en uakseptabel rolleblanding, men med den modell lovgiver har valgt for ordningen med barnerepresentant – at det skal være en ansatt i kommunen – mener jeg det skal svært mye til for å si at barnerepresentanten blander sine ulike roller på en slik måte at vedkommende må fratas vervet.

Jeg kan vanskelig komme med en nærmere konklusjon om hvilke vilkår som må oppstilles. Det sentrale er imidlertid å få frem at jeg ikke kan være enig med kommunen og fylkesmannen i at kommunen hadde et «fritt skjønn» til å utpeke en annen barnerepresentant i løpet av oppnevningsperioden. På bakgrunn av en bemerkning i fylkesmannens vedtak 10. april 2003 finner jeg grunn til å understreke at når kommunen etter min mening ikke står fritt til å løse barnerepresentanten fra vervet under funksjonsperioden, legger jeg ikke først og fremst vekt på at den utpekte representanten har en «rett» til å inneha vervet. Det viktige her må være forutsetningen om at barn og unge skal ha reell medbestemmelsesadgang i planprosessen.

Om kommunestyret i denne konkrete saken har gitt en tilstrekkelig begrunnelse for å frata barnerepresentanten vervet, behandler jeg nedenfor under pkt. 5.

4. Saksbehandlingen

4.1 Hvilke saksbehandlingsregler som kommer til anvendelse

Jeg er enig med fylkesmannen i at saken skal behandles etter reglene i kommuneloven, forvaltningsloven og etter ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Saken gjelder avløsning fra et offentlig verv, og jeg legger som nevnt til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser, for eksempel om oppsigelse og avskjed, ikke kommer til anvendelse.

Når det gjelder forvaltningsloven, oppstår spørsmålet om avgjørelsen om å frata barnerepresentanten vervet, er et enkeltvedtak etter § 2 første ledd bokstav b. Enkeltvedtak er et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer. Selv om det kan ha stor personlig betydning for den som innehar vervet ikke å bli fratatt det, kan det vanskelig sies at innehaveren har rettskrav på vervet. En beslutning om å løse innehaveren fra det må i stedet anses som et ledd i kommunens interne organisasjon.

Da kommunestyrets vedtak ikke kan anses som et enkeltvedtak, kommer forvaltningslovens bestemmelser om saksforberedelse ikke direkte til anvendelse. Det er imidlertid allment antatt at også beslutninger innen offentlig forvaltning som faller utenom forvaltningslovens enkeltvedtaksbegrep, er undergitt krav om forsvarlig saksforberedelse og forsvarlig behandling, derunder krav om at saken må være tilstrekkelig opplyst.

4.2 Saksbehandlingen frem til kommunestyremøtet

Det er kommunestyret som oppnevner barnerepresentanten, og det hører dermed også under kommunestyret å løse innehaveren fra vervet. Jeg vil her se på den saksforberedelse og saksbehandling som fant sted før kommunestyremøtet 27. januar 2003.

Det er ikke opplyst at spørsmålet om å løse A fra vervet som barnas representant, var til behandling i kommunen før ordføreren og gruppelederne innkalte A til møtet 24. januar 2003. Blant saksdokumentene ligger et internt notat av 11. januar 2002 fra assisterende rådmann til A, hvor As funksjon som barnas representant ble diskutert. Dette notatet er ikke omtalt i saken senere, og det er ikke opplyst hvilken oppfølging det fikk, noe som tilsier å legge til grunn at det var en personlig meningsytring fra assisterende rådmann. Da kommunen heller ikke har besvart spørsmålet om det foreligger andre saksdokumenter forut for kommunestyremøtet enn gruppeledernes notat, må jeg i min behandling av saken se bort fra notatet 11. januar 2002.

Jeg har ingen merknader til at det under forberedelsen av politiske saker holdes uformelle møter mellom gruppelederne og ordføreren før saken eventuelt behandles i kommunestyret. En slik fremgangsmåte er egnet til å gi en smidig behandling av kom-

munestyrets saker. Den kan imidlertid ikke erstatte en saksbehandling som er i samsvar med kommunelovens krav, herunder bestemmelsen om at møter i folkevalgte organer skal være offentlige (jf. kommuneloven § 31).

Det er også grunn til å minne om at slike uformelle møter ikke binder kommunestyret. Det er kommunestyret som skal treffe avgjørelsen. Gruppelederne, eventuelt sammen med ordføreren, har ikke en slik kompetanse, men har selvfølgelig forslagsrett om saken.

Det er derfor egnet til å gi et uriktig bilde av saken når det i det «interne notatet», som A mottok ved slutten av møtet 24. januar 2003, ble gitt uttrykk for at «gruppelederne» tilbød ham «frivillig» å trekke seg som barnas representant. Tilsvarende var det uheldig når notatet ga uttrykk for at dersom A ikke hadde trukket seg innen en frist, «ville» kommunestyret erklære at det ikke hadde tillit til ham. Da saken på dette tidspunkt ikke var forelagt kommunestyret, fremstår det som kritikkverdig å foregripe kommunestyrets behandling av saken på denne måten.

Jeg har også merket meg at det aktuelle møtet ble holdt mellom fem av gruppelederne, og notatet ble undertegnet bare av disse (ordføreren tilhørte en av de representerte partigruppene). På det aktuelle tidspunkt var syv partier representert i kommunestyret, og det var derfor uriktig at notatet ga uttrykk for at det var skrevet av «partienes gruppeledere». Også av denne grunn fremstår det som uheldig at notatet foregrep kommunestyrets behandling.

Videre har jeg innvendinger til den innholdsmessige saksforberedelsen. Den begrunnelsen som ble gitt i gruppeledernes notat, var svært generell. Jeg er enig med A i at beskyldningene mot ham var så generelle at de var vanskelige å imøtegå. På grunn av sakens spesielle karakter burde innvendingene mot As utførelse av vervet vært konkretisert i større grad, og burde – sammen med As syn på dem – også kommet til uttrykk i sakens dokumenter. Jeg antar at spørsmål om å frata personer offentlige verv er en forholdsvis sjelden sakstype for kommunestyrene, og det er trolig enda sjeldnere at det ikke har sammenheng med mer «objektive forhold» som straffbare handlinger og tilsvarende. Også dette tilsa en grundig saksforberedelse. I tillegg kommer at den begrunnelse som ble gitt for å frata A vervet, innebar en bebreidelse av ham og måtte forventes å bli en stor belastning for ham. Alle disse momentene tilsa at det burde stilles høye krav til den forberedende saksbehandlingen.

4.3 Behandlingen i kommunestyret

Spørsmålet om å løse A fra vervet ble først satt opp på sakskartet ved åpningen av kommunestyrets møte 27. januar 2003. Etter kommuneloven § 32 nr. 2 skal ordføreren sette opp en saksliste for det enkelte mø-

te, og innkallingen, sammen med en oversikt over de saker som skal behandles, skal sendes kommunestyrets medlemmer med «høvelig varsel». Loven oppstiller ikke et uttrykkelig krav om at representantene skal motta saksdokumentene sammen med innkallingen. Forarbeidene antar at et slikt krav kan bli for strengt i en del situasjoner, og forutsetter at i det minste de mest sentrale saksdokumentene normalt følger innkallingen. Det forutsettes videre at møteinnkallingen bør være medlemmene i hende senest 4–5 dager før møtet holdes, se NOU 1990:13 s. 375.

I medhold av kommuneloven § 34 nr. 1 kan kommunestyret imidlertid også treffe vedtak i saker som ikke er oppført på sakslisten. Forutsetningen er i tilfelle at møtelederen eller 1/3 av kommunestyrets møtende medlemmer ikke motsetter seg dette. Forarbeidene fremholder at det ville være upraktisk og strengt helt å avskjære adgangen til å ta opp saker utenom sakslisten, 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.

Slik saken er opplyst for meg, er det vanskelig å se hvorfor det var nødvendig at kommunestyret behandlet og traff vedtak i saken første virkedag etter at A ble gjort kjent med at det var aktuelt å frata ham vervet. Jeg peker særlig på at barnerepresentanten skal målbære barn og unges interesser, men har ikke kompetanse til å treffe vedtak selv. Heller ikke det forhold at det skulle igangsettes kommuneplanarbeid, kan jeg se var en tilstrekkelig begrunnelse for å behandle det som hastesak. Kommuneplanarbeidet hører til den løpende, ordinære kommunalforvaltningen.

At barns og unges interesser i planarbeidet blir ivaretatt, utgjør også en betydelig offentlig interesse. Ved å forsere saksbehandlingen slik kommunen gjorde, ble muligheten for en offentlig debatt om saken før vedtak ble truffet, forhindret. Jeg nevner i denne sammenheng at kommuneloven § 32 nr. 3 krever at saksliste til kommunestyremøtene og dokumenter som ikke er unntatt offentlighet, «skal» holdes tilgjengelig for allmennheten. Det kan endog føre til ugyldighet dersom reglene for innkalling og kunngjøring ikke følges, se NOU 1990:13 s. 166 og 375.

4.4 Sammenfatning

På bakgrunn av sakens spesielle karakter, finner jeg det uheldig at kommunestyret avgjorde saken etter en så kort saksbehandlingsprosess. Det burde ha foreligget en bedre saksutredning, og det måtte ha vært tilstrekkelig å behandle saken etter ordinær innkalling, slik at den enkelte kommunestyrerepresentant fikk anledning til å sette seg inn i det eksakte grunn-

laget for å frata A vervet. Sett under ett fremstår saksbehandlingen i dårlig harmoni med de kravene til forsvarlig saksbehandling, som følger av kommuneloven og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper.

Jeg finner likevel ikke grunnlag for å si at vedtaket om å frata A vervet var ugyldig. Etter det opplyste var det ingen av representantene som krevde behandlingen av spørsmålet utsatt under kommunestyremøtet 27. januar 2003. Spørsmålet om å løse A fra vervet ble dessuten tatt opp på nytt i forbindelse med kommunestyrets behandling av lovlighetsklagen. Ved voteringen falt et forslag om å gi A tilbake vervet med 40 mot 5 stemmer. Det må derfor konkluderes med at kommunestyret opprettholdt sin opprinnelige vurdering av saken, også etter at det var anledning til å overveie saken på nytt og etter at saken var blitt kjent blant allmennheten.

Jeg finner heller ikke grunnlag for å kritisere at kommunen behandlet saken i et åpent kommunestyremøte og med pressen til stede. Kommunestyremøtene skal som utgangspunkt være offentlige, jf. kommuneloven § 31 nr. 1, og det kan også gis tillatelse til at disse kringkastes, jf. § 31 nr. 2. Unntaket i lovens § 31 nr. 3 siste punktum antas ikke anvendelig, idet vilkåret om «personalsaker» ikke kan antas å omfatte saker om avløsning fra offentlige verv. At det under behandlingen av slike saker fremkommer forhold som er ufordelaktige for den saken gjelder, kan ikke endre dette. Jeg minner her om at det sentrale i slike saker ikke er hensynet til den som innehar vervet, men den offentlige interesse i at vervet blir skjøttet på en god måte.

Det er heller ikke grunn til å kritisere kommunen for at A ikke fikk redegjøre for sitt syn på saken under kommunestyrets møte. Kommunestyrets behandling av sakene skjer på bakgrunn av det saksfremlegget administrasjonen, eventuelt ordføreren, har utarbeidet, og ved et alminnelig ordskifte mellom kommunestyrerepresentantene med påfølgende avstemning. Andre enn kommunestyrets medlemmer har som utgangspunkt ikke talerett, se Bernt/Overå/Hove: Kommunalrett, 4. utg. s. 264. Denne modellen forutsetter imidlertid at saksfremlegget, som kommunestyret skal treffe sin beslutning på grunnlag av, fremstiller de kryssende hensyn på en grundig og balansert måte.

5. Begrunnelsen for vedtaket

Da saken ikke gjelder et enkeltvedtak, kommer ikke forvaltningslovens bestemmelser om begrunnelse til anvendelse, og kommunens begrunnelsesplikt beror på allmenne regler om god forvaltningsskikk. Den begrunnelsen som gis, bør være avpasset sakens karakter. Da denne saken gjelder spørsmålet om å fjerne en person fra et verv han er plassert i for å ivareta barn og unges interesser, tilsier både hensynet til innehaveren selv og hensynet til allmennheten at det

gis en begrunnelse for vedtaket. Begrunnelsen i denne saken ble gitt ved ordførerens innstilling til kommunestyret. Siden kommunestyrets flertall tiltrådte ordførerens innstilling uten særmerknader, må det legges til grunn at innstillingen var dekkende for flertallets syn.

Innvendingene som ble rettet mot A i kommunestyrets vedtak, var at han ved utførelsen av vervet som barnas representant «skadet kommunens omdømme» og at hans «konfrontasjonslinje» skapte et «arbeidsmiljø ingen er tjent med». Begrunnelsen er således ikke knyttet opp til barnerepresentantens mandat, men oppfattes å være knyttet til hans arbeidsform.

Avslutningsvis under pkt. 2 har jeg uttalt noe generelt om barnerepresentantens arbeidsform og tar som utgangspunkt at barnerepresentanten selv må kunne velge den arbeidsform som etter vedkommendes mening best oppfyller mandatet. Barnerepresentanten har samtidig et ansvar for at det arbeides på en måte som inngir tillit og gjennomslagskraft. Det ligger i selve rollen lovgiver har tiltenkt barnerepresentanten at han kan – og etter omstendighetene skal – tale barn og unges sak med en viss styrke. Det må kunne sies at barnerepresentanten misligholder sitt verv dersom han unnlater å tale barn og unges sak der det er saklig grunnlag for det.

Under henvisning til dette og til den spesielle stillingen barnerepresentanten har i plan- og bygningsforvaltningen – talsmann uten avgjørelsesmyndighet – og til det generelle ønsket om å styrke denne rollen, mener jeg at det skal mye til for å fjerne en slik representant pga. vedkommendes arbeidsform.

På denne bakgrunn finner jeg begrunnelsen for vedtaket mangelfull og lite konkret. Det er ikke konkretisert på hvilken måte A «skadet kommunens omdømme» eller var «konfliktskapende». Ut fra den begrunnelsen som er gitt, er det ikke mulig å ta stilling til om As måte å utføre vervet på, var så uskjønnsom at den var i strid med forutsetningen for ordningen. Det er uklart nøyaktig hvilke innvendinger som ble rettet mot A, og denne uklarheten blir ikke mindre når vedtaket samtidig gir uttrykk for at ønsket om å løse ham fra vervet, opplyses ikke å ha sammenheng med de sakene A har arbeidet med, de initiativ han har kommet med i den forbindelse, og den konstruktive kritikk han har kommet med i bygningsrådet. Det kan også reises spørsmål ved om kommunens ansvar som arbeidsgiver for sine ansatte er et relevant hensyn i spørsmålet om å tilbakekalle barnerepresentantens verv.

Ordførerens saksfremlegg nevner ikke uttrykkelig «rolleblanding» som begrunnelse. I gruppelederens notat 24. januar 2003 ble A gitt «tilbud» om å trekke seg «frivillig», og det ble fremholdt at dette kunne begrunnes med at rollene som plankonsulent og som barnas representant ikke lot seg forene i det

kommuneplanarbeidet som skulle igangsettes. Da saksfremlegget henviser til dette notatet, må det forstås slik at kommunen mente at rollekombinasjonen var en del av begrunnelsen for å løse A fra vervet.

Som nevnt over, er faren for rollekonflikter i forhold til hovedstillingen noe kommunestyret bør legge betydelig vekt på når barnerepresentant utpekes. Da A ble utpekt, var han ansatt som plankonsulent hos helse- og sosialsjefen i kommunen. Denne stillingen hadde han så vidt jeg forstår, hatt i mange år. Jeg må derfor legge til grunn at kommunestyret var kjent med de rollekonflikter som eventuelt kunne oppstå.

Det kan ikke utelukkes at det underveis i barnerepresentantens funksjonsperiode inntreffer særegne forhold som gjør kombinasjonen mellom hovedstillingen og rollen som barnerepresentant så problematisk at det er på sin plass å utpeke en ny. Det bør likevel kreves at det dreier seg om omstendigheter som er nye i forhold til det som forelå på utpekings-tidspunktet, og at det gjøres rede for disse i kommunens vedtak. Det er i det aktuelle vedtaket ikke redegjort for hvilke nye forhold som gjorde kombinasjonen av oppgaven som barnerepresentant og stillingen som plankonsulent hos helse- og sosialsjefen, uforenlige.

Min kontroll med forvaltningen er basert på en gjennomgang av sakens dokumenter, og det er den skriftlige begrunnelsen som jeg her har foretatt en vurdering av. Jeg finner den mangelfull i forhold til de krav som må være oppfylt for å avløse en barnerepresentant før mandatperioden løper ut. Den nærmere vurdering av As arbeidsmåte og holdbarheten av kommunens innvendinger mot ham, har jeg ikke muligheter for å gå inn på.

6. Konklusjon

Jeg har kommet til at det er flere feil og svakheter i kommunens saksbehandling.

Jeg kan likevel ikke se at kommunestyrets beslutning om å løse ham fra vervet var ugyldig. På bakgrunn av dette og på bakgrunn av at As funksjonsperiode uansett ville løpt ut sammen med kommunevalgperioden 1999–2003, er det ikke grunnlag for å be kommunestyret eller fylkesmannen å behandle saken på nytt. I stedet ber jeg fylkesmannen og kommunen merke seg de synspunkter på barnerepresentantordningen jeg har redegjort for over.

På bakgrunn av sakens generelle karakter, har jeg funnet grunn til å orientere Miljøverndepartementet om saken, samt å be om en vurdering av hvorvidt barnerepresentantordningen fungerer tilfredsstillende.

Da jeg er kjent med at Barneombudet har vært engasjert i saken, sendes uttalelsen også dit.»

Utdanning og studiefinansiering

24.

Vektleggingen av sakkyndige uttalelser i sak om utsatt skolestart

(Sak 2004–1700)

Saken gjelder spørsmål om utsatt skolestart. Etter opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 2–1 tredje ledd annet punktum kan foreldrene kreve utsatt skolestart der det etter sakkyndig vurdering foreligger «tvil» om barnet har kommet tilstrekkelig langt i sin utvikling til å starte i skolen. I saken forelå det to sakkyndige vurderinger med motstridende konklusjoner.

Ombudsmannen kom til at fylkesmannen hadde lagt til grunn en uriktig forståelse av opplæringsloven når det var tatt utgangspunkt i at uttalelser fra PP-tjenesten skal ha større vekt enn øvrige sakkyndige uttalelser. Ombudsmannen ba om at fylkesmannen behandlet saken på nytt. Fylkesmannen behandlet saken på nytt og var enig i ombudsmannens lovforståelse, men opprettholdt avslaget.

A fikk høsten 2003 en diagnose som førte til at foreldrene søkte kommunen om utsatt skolestart for A. Etter å ha innhentet en sakkyndig utredning fra kommunens PP-tjeneste, avsto kommunen søknaden. Etter foreldrenes klage stadfestet fylkesmannen kommunens avgjørelse.

Foreldrene klaget hit og viste til en sakkyndig utredning fra Barnepsykiatrisk avdeling (BUP). Utredningen anbefalte «på det sterkeste» at skolestarten ble utsatt. Under henvisning til at det forelå nye opplysninger og til at ombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende, ble det i brev herfra bedt om at disse opplysningene ble vurdert av forvaltningen før saken eventuelt kunne behandles her.

Fylkesmannen behandlet saken på nytt og innhentet ny sakkyndig vurdering fra PPT. Vurderingen fra PPT tilrødde at A startet på skolen. Fylkesmannen opprettholdt vedtaket om avslag på utsatt skolestart.

Foreldrene klaget så på nytt hit.

I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å gi en nærmere redegjørelse for konklusjonen om at det ikke foreligger «tvil» etter opplæringslova § 2–1 tredje ledd annet punktum, til tross for at det forelå to motstridende sakkyndige vurderinger. Fylkesmannen ble bedt om å opplyse om det var lagt til grunn at en uttalelse fra PPT har større vekt enn andre sakkyndige uttalelser.

Det ble videre bedt om fylkesmannens kommentarer til betydningen av foreldreretten, som bl.a. er omtalt i Innst.O. nr. 70 (1997–1998). Fylkesmannen ble også bedt om å opplyse om det at samarbeidsforholdene mellom foreldrene og kommunen er «ganske anstrengt» hadde betydning for saken.

I klagen hit ble det gjort gjeldende at den sakkyndige uttalelsen fra PPT ikke bygger på en undersøkelse av A. I erklæringen fra PPT gikk det frem at psykolog og spesialpedagog ved tre anledninger hadde observert A i barnehagen i ulike situasjoner. Fylkesmannen ble bedt om å opplyse om disse observasjonene var direkte relatert til spørsmålet om utsatt skolestart.

Fylkesmannen besvarte henvendelsen herfra og uttalte bl.a.:

«Vi har i vår vurdering av om tvil foreligger, lagt størst vekt på utredning, vurdering og tilråding fra pedagogisk psykologisk rådgivningstjeneste (PPT). Utgangspunktet vårt for å gjøre dette er oppl. § 5–6, jf. § 2–1 og forarbeidene til lova i Ot prp nr 46 (1997–98), kommentarene til § 5–6. Videre har vi hatt Geir Helgelands bok «Opplæringslova – kommentarutgave» som støttedokument.

PPTs utredning, vurdering og tilråding er i vår sak (...) av nyere dato enn det siste brevet som foreligger fra Barnepsykiatrisk avdeling (BUP). Videre mener vi at PPTs vurdering og tilråding er grundigere underbygget med tre ulike dager med observasjoner av A i barnehagen med fokus på om han med sin diagnose er kommet langt nok i sin utvikling til at han kan starte på skolen høsten 2004.

Klinisk pedagog fra BUP har observert A (...) i barnehagen i Y for å danne et vurderingsgrunnlag for hans utviklingsstatus, se ---. Hun vurderer hvordan *behandlingen* i IAA-barnehagen virker på A, og i siste avsnitt anbefaler hun på det sterkeste at A får utsatt skolestart og fortsetter med opplæringstilbudet i IAA-barnehagen.

Vi har også lagt vekt på at oppl. 1–2 femte ledd forplikter kommunen/ skolen:

«*Opplæringa skal tilpassast evnene og føresetnadene hjå den enkelte eleven, lærlingen og lærekandidaten.*»

I Innst O nr 53 (1997–98) har komiteen som utgangspunkt at skolen «skal kunne gi et tilfredsstillende tilbud til alle elever» og viser til «den sterke vekt som er lagt på individualisert og differensiert undervisning i skolen og utarbeiding av individuelle opplæringsplaner for barn med særskilte behov.»

Vi har lagt vekt på at kommunen har utviklet en forpliktende handlingsplan for overgangen fra barnehage til skole for barn med særskilte behov.

Vi har lagt til grunn at det i det minste må foreligge tvil eller kunne utledes tvil i den sakkyndige vurderinga fra PPT av om barnet er kommet tilstrekkelig langt i utviklingen sin til å starte i skolen. Den sakkyndige tilrådinga fra PPT tilrår positivt at A begynner på skolen høsten 2004.

At samarbeidsforholdet mellom foreldrene og kommunen framkom som «ganske anstrengt», kunne etter vår vurdering ikke alene tale for at barnet skulle gis utsatt skolestart.

Fylkesmannen har hele tiden under saksbehandlingen forholdt seg til at det er PPT sin sakkyndige vurdering og tilråding *datert* (...) som angår vår sak (...) om utsatt skolestart (...). Vi har

hele tiden vært fullstendig klar over at PPTs vurdering datert (...) kun gjelder spesialpedagogisk hjelp i barnehage/ spesialundervisning i skole.

Vi har fått vite at kommunen har tilsatt barnevernspedagog og spesialpedagog for å møte A's behov ved skolestart. Kommunen mener at skolen er veldig godt forberedt. Foresatte har nå fått tilbud til A fra kl. 08.00 til kl. 16.00 fordelt mellom spesialundervisning og tilpasset skolefritidsordning (SFO) gjennom undervisningsåret.»

Foreldrene opplyste deretter at den tilsatte spesialpedagogen hadde sagt opp sin stilling.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«1. Rettslige utgangspunkter

1.1. Etter opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 2–1 tredje ledd første punktum skal barn som hovedregel begynne grunnskoleopplæringen det kalenderåret de fyller seks år. Unntak fra dette kan gjøres dersom «det etter sakkunnig vurdering er tvil om barnet er komme tilstrekkelig langt i utviklinga si til å starte i skolen», jf. § 2–1 tredje ledd annet punktum. Hvis så er tilfelle, har barnet «rett til å utsetje skolestarten eitt år dersom foreldra krev det».

Adgangen til å utsette skolestarten er utvidet i forhold til tidligere, og er nå en rett for den enkelte. Bakgrunnen for denne utvidelsen fremgår av Ot.prp. nr. 46 (1997–98): «Departementet viser til at dette er bedre i samsvar med foreldreretten». I Innst.O. nr. 70 (1997–98) er foreldreretten nærmere omtalt av komiteen: «Komiteen vil peke på at foreldrene har hovedansvaret for sine egne barn, og at skolen skal hjelpe dem i arbeidet med oppdragelse og opplæring. Dette er den bærende idé i foreldreretten».

1.2. Retten til foreldrene til å utsette skolestarten inntreder imidlertid først dersom det etter en sakkyndig vurdering er *tvil* om barnet har kommet tilstrekkelig langt i utviklingen sin.

Verken loven selv eller forarbeidene omtaler hva som skal til for at det foreligger «tvil» i lovens forstand. Det er kommunen som i det enkelte tilfellet må ta stilling til om det på bakgrunn av den sakkyndige vurderingen foreligger tvil.

Etter opplæringslova § 5–6 annet ledd annet punktum skal PPT utarbeide sakkyndig vurdering der loven krever det. Formålet bak PPTs kompetanse etter loven er bl.a. «å sikre elever med lærevansker et best mulig opplæringstilbud.» (NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring, s 124–125). Videre heter det på s 127 at PP-tjenesten bør ha hovedansvaret for å gjennomføre sakkyndige vurderinger, men at det ikke er grunn til å gi PP-tjenesten enekompetanse til dette. Det er vist til at eleven selv eller foreldrene kan finne grunn til å innhente alternativ sakkyndig vurdering. Dersom PP-tjenesten selv ikke har fagkompetanse i en sak, må det innhentes kompetanse utenfra, jf. Ot.prp. nr. 46 (1997–98) s 171.

Forholdet til andre sakkyndige vurderinger er omtalt slik i Geir Helgeland, Opplæringslova, kommentarutgave (2001) s 53:

«Det er den pedagogisk-psykologiske tjenesten (PPT) som skal sørge for sakkyndige vurderinger knyttet til tidlig og sen skolestart. Dette følger av opplæringsloven § 5–6. Det er selvsagt ikke noe i veien for at foreldrene skaffer til veie en alternativ sakkyndig vurdering i tillegg til den som PPT har ansvar for. I slike tilfeller må kommunen vurdere begge de sakkyndige vurderingene når vedtak skal fattes.»

Også i NOU 1995:18 s 127 er det uttalt at når det foreligger to motstridende sakkyndige vurderinger, er det opp til vedtaksorganet å avgjøre hvilken vekt som skal legges på hver av de fremlagte vurderinger.

Det er i foreleggelsen herfra spurt om fylkesmannen mener at en uttalelse fra PP-tjenesten har større vekt enn andre sakkyndige uttalelser. Jeg oppfatter det slik at fylkesmannen i brev hit svarer bekreftende på dette generelle spørsmålet, under henvisning til lovens ordlyd og forarbeider. Under henvisning til det som jeg har redegjort for foran, kan jeg ikke si meg enig i at loven må oppfattes slik at en vurdering fra PP-tjenesten i utgangspunktet har større vekt enn andre sakkyndige uttalelser. At PP-tjenesten er en lovbestemt ordning mener jeg må være for å sikre at noen har plikt til å foreta en nødvendig sakkyndig vurdering. Det følger ikke av det at en uttalelse derfra i seg selv har større vekt enn andres sakkyndige uttalelse. Om man i det enkelte tilfelle kommer til at den skal ha større vekt, må det være ut fra en konkret vurdering.

1.3. Foruten en vurdering av de sakkyndige uttalelsene, må kommunen i vurderingen av om det foreligger «tvil» se hen til det skoletilbudet eleven faktisk vil få. Det må ses hen til den tilretteleggingen av skoletilbudet som vil skje ut fra prinsippet om tilpasset opplæring i § 1–2 femte ledd og omfanget av spesialundervisning som barnet har krav på etter opplæringslova kapittel 5, jf. Helgeland s 52.

2. Avslaget på søknad om utsatt skolestart

Avgjørende for om foreldrene har rett til å kreve utsatt skolestart for A, er at det foreligger tvil om hvorvidt han er kommet tilstrekkelig langt i sin utvikling til å begynne på skolen. Det foreligger to sakkyndige vurderinger knyttet til dette spørsmålet, og de har motstridende konklusjoner.

I uttalelsen fra Barnepsykiatrisk avdeling (BUP) anbefales «på det sterkeste at A får utsatt skolestart og fortsetter med opplæringstilbudet i IAA i Y». Det uttales at dagens tilbud virker så positivt på A at det «nesten kan oppleves som et overgrep» å trekke ham ut fra behandlingen.

I sin uttalelse kom PPT til at A var kommet tilstrekkelig langt i sin utvikling til at han kunne be-

gynne på skolen høsten 2004. Imidlertid ville han ha behov for et omfattende tilrettelagt spesialpedagogisk opplegg. Det ble tilrådd at han begynte på skolen og at det ble lagt til rette for at det opplæringsstilbudet han hadde ble videreført på skolen så langt det var mulig. Uttalelsen var bygget på «en samlet vurdering», hvor det også var tatt hensyn til uttalelsen fra BUP.

Når det gjelder spørsmålet om det foreligger «tvil», uttalte fylkesmannen følgende i sitt vedtak:

«Sakkyndig instans er PPT, jf. opplæringslova § 5–6. Lovens vilkår for å kunne imøtekomme foresattes søknad om utsatt skolestart, er at det etter sakkyndig vurdering i det minste må foreligge tvil om barnet er kommet tilstrekkelig langt i utviklingen til å starte i skolen. Slik tvil foreligger ikke.»

Videre uttalte fylkesmannen i brev hit:

«Vi har i vår vurdering av om tvil foreligger, lagt størst vekt på utredning, vurdering og tilråding fra psykologisk rådgivningstjeneste (PPT). Utgangspunktet vårt for å gjøre dette er oppl § 5–6, jf. § 2–1 og forarbeidene til lova i Ot.prp. nr. 46 (1997–98), kommentarene til § 5–6.»

Som det fremgår av punkt 1 ovenfor, synes det ikke å være grunnlag for å si at det er lovens ordning at det skal legges størst vekt på vurderingen fra PPT. Jeg er derfor kommet til at fylkesmannens vedtak og vurdering i denne saken tar utgangspunkt i feil lovforståelse og må be om at saken behandles på nytt.

Med denne konklusjonen er det ikke grunn for meg til å gå nærmere inn på selve vurderingen av om det samlet sett foreligger slik «tvil» loven krever. Likevel finner jeg grunn til å kommentere ett av de momentene fylkesmannen har lagt vekt på – at PP-tjenestens vurdering er grundigere underbygget med observasjoner av A. Det fremgår av dens sakkyndige vurdering at grunnlaget for disse observasjonene var behovet A måtte ha i skolen og «ikke vurdering av utsatt skolestart». Jeg har også merket meg at det nå foreligger nye opplysninger om personalsituasjonen på skolen, noe som kan tilsi en viss tilbakeholdenhet med å legge stor vekt på slike konkrete forhold.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den fornyede behandlingen, ved oversendelse av kopi av brev til klagerne.»

Fylkesmannen behandlet saken på nytt og sluttet seg til ombudsmannens lovforståelse. Det ble vist til at fylkesmannen hadde brukt formuleringer som kunne føre til misforståelser om fylkesmannens lovforståelse. Fylkesmannen opprettholdt imidlertid avgjørelsen om at A var kommet tilstrekkelig langt i sin utvikling til å begynne på skolen. Etter ytterligere undersøkelser herfra knyttet til det konkrete sakkyndighetsarbeidet fra PPT, var det ikke grunnlag for å gå videre med saken, særlig under henvisning til at ombudsmannen skal være tilbakeholden med å overprøve forvaltningens skjønn.

25.

Krav om kunnskaper i norsk ved støtte til utdanning i utlandet

(Sak 2004–1421)

Statens lånekasse for utdanning, klagenemnda, av slo å gi støtte til utdanning ved et universitet i Storbritannia, fordi søkeren ikke hadde de nødvendige kunnskaper i norsk. Spørsmålet var hvorvidt det fulgte av Utdannings- og forskningsdepartementets forskrift om utdanningsstøtte for 2003–2004 punkt 4.1, med nærmere regler fra Statens lånekasse for utdanning, at en norsk søker oppvokst og bosatt i utlandet, som skal studere ved et lærested i dette landet, må ha dokumenterte kunnskaper i norsk for å ha rett til utdanningsstøtte.

Ombudsmannen kom til at resultatet i saken ikke kunne kritiseres på rettslig grunnlag. Lånekassen ble bedt om å vurdere en presisering av regelverket på punktet om kunnskaper i norsk for de som skal studere i utlandet. Ombudsmannen hadde også innvendinger til den korte begrunnelsen som var gitt for vedtaket og ba på generelt grunnlag om at det i vedtaket fra Lånekassen og klagenemnda blir tatt hensyn til publikums behov for å få kjennskap til begrunnelsen for regelverket som anvendes. Lånekassen fulgte opp saken ved å foreslå en presisering som nevnt av forskriften for 2005–2006. Videre ble det redegjort for tiltak for å bedre begrunnelsene, både for Lånekassens og klagenemndas vedtak.

A, som har norsk far og amerikansk mor, er oppvokst og bosatt i Storbritannia. Statens lånekasse for utdanning fattet vedtak, hvoretter As søknad om støtte for undervisningsåret 2003–2004 til utdanning ved Oxford University i Storbritannia ikke ble innvilget.

I vedtaket fra Lånekassen ble det opplyst at «(A)vslaget skyldes at du ikke tilfredsstillt kravet til generell studiekompetanse i Norge etter gjeldende regler».

Lånekassen uttalte bl.a. i vedtaket:

«Kravet for å kunne bli tatt opp i norsk høyere utdanning (universitet/høyskole) ligger som bakgrunn for denne forskriften. I tillegg til at du har oppnådd GCE med eksamen i fem fag hvorav minst to fag på A-level, eventuelt et fag på A-level + 2 AS eller fire AS (Advanced Supplementary level), er det også et krav om at du må ha tilfredsstillende norskkunnskaper. Minimumskrav til norskkunnskaper er 10. klasse i norsk ungdomsskole, eller at du framstiller deg for en egen norsktest, «Bergenstesten». Etter det Lånekassen kjenner til, vil det være mulig for deg å ta denne testen ved den norske ambassaden i London, men dette må du forhøre deg nærmere med ambassaden om.»

Vedtaket ble etter klage stadfestet av Lånekassens klagenemnd. Klagenemnda ga følgende begrunnelse for sitt vedtak:

«Etter forskriftenes kapittel V punkt 4.1 kan det bli gitt støtte bare dersom søkeren har generell studiekompetanse i Norge.

Den innsendte dokumentasjon fra klageren, viser at hun mangler de nødvendige eksamener/tester i norsk for å få generell studiekompetanse i Norge. Hun kan derfor ikke tildeles støtte. Klagenemnda har ingen merknader til Lånekassens vedtak.»

Klagenemndas vedtak ble av As far på hennes vegne innklaget for ombudsmannen. I klagen ble det anført at Lånekassen burde ha tatt hensyn til hva som er et rimelig resultat ved sin fortolkning og anvendelse av reglene om generell studiekompetanse. Klageren viste til at datteren er norsk statsborger bostatt i utlandet, og at hun skal studere på The Queens College ved Oxford University i England. Følgelig har hun ikke under sine studier behov for kunnskaper i norsk. Hun tilfredsstillter alle akademiske krav for å gjennomføre studiene i England. Videre ble det vist til at svært mange studenter med norsk utdanning i Norge og tilfredsstillende kunnskaper i norsk, søker til læresteder i utlandet, fordi de ikke tilfredsstillter opptakskravene ved læresteder i Norge. Klageren påpekte at disse studentene mottar lån og stipend fra Lånekassen, uten at det stilles krav til kunnskaper i det utenlandske lærestedets språk, selv om lærestedet riktignok stiller slike krav. På denne bakgrunn fremholdt klageren at det foreligger en forskjellsbehandling mellom norske studenter som er født og oppvokst utenfor Norge, men som ikke behersker norsk, og norske studenter som er født og oppvokst i Norge og som følgelig behersker norsk. En slik forskjellsbehandling ble anført å være i strid med reglernes formål.

Det ble av ombudsmannen stilt noen spørsmål til klagenemnda med bakgrunn i § 4 siste ledd i Utdannings- og forskningsdepartementets forskrift 14. november 2002 nr. 1286 om opptakskrav til grunnutdanningar ved universitet og høyskolar, sålydende:

«Krava til norskkunnskapar gjeld ikkje for søkjarar som skal takast opp til fremmedspråklege utdanningsprogram, og studentar som tek del i europeiske utvekslingsprogram.»

Det ble i brevet vist til at bestemmelsen inngår i forskriftens kapittel 2 om generell studiekompetanse, og at klagenemndas vedtak er bygget på at klageren ikke har generell studiekompetanse i Norge, fordi hun mangler de nødvendige eksamener/tester i norsk.

På denne bakgrunn ble det bedt opplyst og redegjort for om klagenemnda hadde vurdert hvorvidt denne forskriftsbestemmelsen fikk anvendelse i saken, med den følge at kravene til norskkunnskaper ikke gjaldt for klageren. Videre ble det bedt opplyst om en tilsvarende problemstilling hadde vært forelagt klagenemnda i tidligere saker. Under henvisning til anførselene i klagen til ombudsmannen, ble det

bedt redegjort for begrunnelsen til norsk studiekompetanse når studiene ikke skal gjennomføres i Norge.

Lånekassen opplyste i sitt svar at den foran nevnte forskriftsbestemmelsen er en unntaksbestemmelse for studenter som skal tas opp i fremmedspråklige utdanningsprogram og studenter som deltar i europeiske utvekslingsprogram, i Norge. Bestemmelsen er således ikke relevant for de som søker støtte til utdanning i utlandet. Klagenemnda hadde derfor ikke vurdert om denne bestemmelsen fikk anvendelse i saken, og forholdt seg til om klageren hadde generell studiekompetanse i Norge. Dersom klageren ikke hadde slik generell studiekompetanse i Norge, kunne det ikke tildeles støtte til utdanning i utlandet, med visse unntak som fremgår av punkt 4.1 i Lånekassens forskrift.

Det ble opplyst at nemnda i møte 29. april 2002 behandlet en sak med tilsvarende problemstilling, hvor klagen ikke ble tatt til følge.

For så vidt gjaldt spørsmålet om begrunnelsen for kravet til norsk studiekompetanse når studiene ikke skal gjennomføres i Norge, fremholdt Lånekassen at utgangspunktet for å tildele utdanningsstøtte i utlandet er at det skal stilles samme krav som det stilles for å komme inn på tilsvarende utdanning i Norge. Det gjøres unntak fra kravet om generell studiekompetanse i Norge bare når søkeren skal ta utdanning i utlandet der tilsvarende utdanning i Norge ikke har generell studiekompetanse som opptakskrav. Lånekassen viste til at regelen i forskriften om generell studiekompetanse, sammen med regler om statsborgerskap og botid i Norge forut for utdanningen, skal sikre at søkeren har en viss tilknytning til Norge for at utdanningsstøtte til utdanning i utlandet skal gis.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Tolkningen av utdanningsstøtteforskriften

Det følger av lov 26. april 1985 nr. 21 om utdanningsstøtte til elever og studenter § 1 at utdanningsstøtteordningens formål blant annet er å bidra til å sikre samfunnet tilgang på utdannet arbeidskraft. Ifølge lovens § 2 annet ledd kan utdanningsstøtte, foruten til utdanning i Norge, også gis til utdanning i utlandet. I lovens § 9 er Utdannings- og forskningsdepartementet gitt hjemmel til å gi forskrifter om tildeling av utdanningsstøtte m.v. Departementet kan i forskriftene stille faglige krav som vilkår for utdanningsstøtte. Etter den samme lovbestemmelsen kan Statens lånekasse for utdanning gi nærmere regler om stipend og lån. Slike forskrifter, med nærmere regler, er gitt for 2003–2004. Forskriftenes kapittel V inneholder regler om støtte til utdanning i land utenfor Norden. Søkeren må være norsk statsborger for å få støtte, jf. punkt 1.1. Det er videre et vilkår at søkeren har bodd i Norge eller i et annet nordisk land i en sammenhengende periode på minst to år i løpet av de fem siste årene før utdannelsen ble påbe-

gynt. Det kan bli gjort unntak når bl.a. en av fordelene til søkeren er i tjeneste i utlandet for norsk næringsliv, jf. punkt 1.2.1. Det er også et vilkår for støtte at søkeren har generell studiekompetanse i Norge, jf. punkt 4.1.

Klageren er norsk statsborger, og hennes far arbeider for norsk industri i utlandet. Lånekassen og klagenemnda mener imidlertid at klageren mangler generell studiekompetanse fordi hun ikke har de nødvendige kvalifikasjoner i norsk.

Reglene om generell studiekompetanse fremgår av kapittel 2 i forskrift om opptakskrav til grunnutdanningar ved universitet og høyskolar 14. november 2002 nr. 1286. Det er på det rene at denne forskriften gjelder for opptak ved norske undervisningsinstitusjoner, jf. forskriftens § 1. Ifølge forskriftens § 4 må søkere som har utenlandsk utdanning fra land utenfor Norden, dokumentere kunnskaper i norsk ved en av fire nærmere angitte prøver. Kravene til norskkunnskaper gjelder ikke for søkere som skal tas opp til fremmedspråklige utdanningsprogrammer, og studenter som tar del i europeiske utvekslingsprogrammer. Spørsmålet er om dette unntaket fra kravet til norskkunnskaper gjelder også etter forskrift om utdanningsstøtte for 2003–2004 kapittel V punkt 4.1; kravet om at søkeren må ha «generell studiekompetanse i Noreg». Slik denne forskriften er utformet på dette punktet, fremstår spørsmålet som noe tvilsomt. Forskriften kunne således ha presisert hvorvidt kravet til kunnskaper i norsk også gjelder for støtte til utdanning i land utenfor Norden.

Imidlertid må det etter min oppfatning i denne sammenheng legges avgjørende vekt på at et hovedformål med utdanningsstøtte fra Lånekassen er å bidra til å sikre det norske arbeidsmarkedet tilgang på utdannet arbeidskraft, slik dette fremgår av § 1 i lov 26. april 1985 nr. 21 om utdanningsstøtte til elever og studenter. Det samme fremgår av lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 20 (1984–85) s. 2, hvor det vises til St. meld. nr. 12 (1983–84) Utdanningsfinansiering. På s. 55 i stortingsmeldingen uttales det bl.a.:

«Det har også vært ønskelig å få et rimelig mangfold av impulser inn i arbeidslivet på områder der det i Norge har vært bare én institusjon innen vedkommende spesialutdanning. Tilgang på kvalifisert personale utdannet ved utenlandske institusjoner, til dels også med arbeidslivserfaring fra utlandet, har dermed gjennom lengre tid vært en medvirkende faktor til den teknologiske, økonomiske og sosiale utvikling i Norge.»

Ut fra dette formålet, å tilføre det norske arbeidsmarkedet personer med utdanning fra utlandet, må det være rimelig å fortolke forskriften om støtte til utdanning slik at kravet til kunnskaper i norsk også må gjelde for slik utdanning. Jeg finner derfor ikke at det er grunnlag for rettslige innvendinger til resultatet i denne saken.

Som den fremgår foran, er etter min oppfatning forskrifter om utdanningsstøtte for 2003–2004, med nærmere regler fra Lånekassen, noe uklart utformet, for så vidt som det kan fremstå som noe tvilsomt hvorvidt kravet til kunnskaper i norsk også gjelder for støtte til utdanning i land utenfor Norden. Jeg ber derfor Lånekassen vurdere å foranledige en presisering av regelverket på dette punktet.

2. Klagenemndas begrunnelse

Jeg vil også påpeke at den begrunnelsen som er gitt i klagenemndas vedtak 26. januar 2004, er svært kortfattet. Den opplyser ikke noe om de legislative hensyn som klagenemndas fortolkning og rettsanvendelse bygger på, noe som ville vært naturlig både ut fra de anførsler klageren hadde fremsatt tidligere og som ble gjort gjeldende i klagen 5. januar 2004 til Lånekassens klagenemnd, samt den foran nevnte tvil med hensyn til fortolkningen av forskriftene. Klageren hadde i flere brev argumentert med låneordningens formål og etterlyst en begrunnelse for de reglene som det ble vist til.

I denne forbindelse vises det til brev herfra 24. juni 2003 i en annen sak, hvor klagenemnda ble bedt om å være oppmerksom på problemene med manglende gjengivelse av begrunnelser for regelverket, og hvor det ble gitt synspunkter på hvordan dette kunne endres. Kopi av brevet følger vedlagt. Jeg finner grunn til å gjenta min anmodning om at klagenemnda har sin oppmerksomhet rettet mot dette, da det er viktig for publikums tillit til forvaltningen.

3. Konklusjon

Jeg har ikke funnet grunnlag for å kritisere at det ikke er innvilget studiestøtte i denne saken.

Jeg ber Lånekassen vurdere å foranledige presisering av regelverket på punktet om kunnskaper i norsk for de som skal studere i utlandet.

På generelt grunnlag ber jeg videre om at det i vedtak fra Lånekassen og klagenemnda tas hensyn til publikums behov for å få kjennskap til begrunnelsen for regelverket som anvendes.

Jeg ber om å bli orientert om hvordan Lånekassens følger opp det jeg her har påpekt.»

I oppfølgende brev til ombudsmannen fremholdt Lånekassen:

«Til orientering er det i forskriftene for 2005–2006 foreslått en presisering i nærmere regler til det nevnte forskriftspunkt om at krav til norskkunnskaper også gjelder for utdanning i utlandet.

Fra Ombudsmannen bes det videre om at vi skal opplyse om de legislative hensyn som klagenemndas fortolkning og rettsanvendelse bygger på. Slik Lånekassen forstår dette vil kravet til en slik begrunnelse gjelde i de saker hvor enten regelverkets kompleksitet tilsier det, eller hvor kunden selv har etterlyst en slik begrunnelse. Klagenemnda vil så langt som mulig innarbeide

dette i sine avgjørelser. Videre er det også på generelt grunnlag bedt om at det i vedtak fra Lånekassen tas hensyn til publikums behov for å få kjennskap til begrunnelsen for regelverket som anvendes.

Når det gjelder Lånekassens egne vedtak vil vi informere sivilombudsmannen om at det i løpet av høsten og våren vil bli satt i gang opplærings tiltak internt i Lånekassen hvor krav til begrunnelse av vedtak vil bli vektlagt. I tillegg vil det til bruk i saksbehandlingen kontinuerlig innarbeides standard legislative begrunnelser der hvor det er hensiktsmessig.

Samtidig vil vi gjøre sivilombudsmannen oppmerksom på de rammebetingelser som Lånekassen arbeider under. Lånekassen driver masseforvaltning. Manuelt blir det tatt om lag 150 000 enkeltvedtak av ca. 180 saksbehandlere hvert år. Svært få av Lånekassens saksbehandlere har juridisk kompetanse, og det er derfor vanskelig for den enkelte å håndtere og gjengi de legislative hensyn bak den enkelte regel. Lånekassens regelverk er dessuten gjenstand for hyppige endringer idet forskriftene bare gjelder for ett år av gangen. I tillegg kommer regler som Utdannings- og Forskningsdepartementet har initiert på egen hånd. For Lånekassen vil det ofte være vanskelig å ha kunnskap om legislative hensyn når disse ofte blir oversendt uten begrunnelse. Ofte vil reglene heller ikke ha noen selvstendig begrunnelse, men er utformet på grunnlag av budsjettmessige hensyn.

Når det gjelder enkeltvedtak som fattes av Lånekassen ber vi om at Sivilombudsmannen tar hensyn til det ovenstående i vurderingen av hvilke krav som stilles til begrunnelsen».

26.

Sak om rentefritak på studielån

(Sak 2004–1967)

A søkte om rentefritak på studielånet fordi hun hadde en økonomisk situasjon som tilsa at hun var berettiget til sosialstøtte. Lånekassen avsto å gi rentefritak fordi hun verken hadde søkt om eller mottatt slik støtte.

Ombudsmannen mente at lånekasseforskriften ikke kunne forstås slik at det var et krav for å oppnå rentefritak at søkeren faktisk hadde mottatt sosialstøtten, og ba Lånekassen vurdere saken på nytt. Lånekassen innrømmet deretter rentefritak.

A søkte om rentefritak på studielån. Som grunnlag for søknaden var det krysset av for «sosialstøtte». A hadde ikke søkt om eller mottatt sosialstøtte i den aktuelle perioden. Hennes økonomiske situasjon i den aktuelle perioden var imidlertid slik at hun kvalifiserte for sosialstønad til livsopphold, noe hun fremla dokumentasjon for gjennom en erklæring fra kommunen. I denne erklæringen het det at «hun hadde hatt muligheter for økonomisk sosialhjelp dersom hun hadde søkt».

Søknaden ble avslått av Lånekassen. Avslaget ble endelig stadfestet av Lånekassens klagenemnd, som hadde følgende bemerkninger til saken:

«Etter kapittel VI punkt 8.3 i forskriftene for Lånekassen kan det bli gitt rentefritak til en låntaker som kan dokumentere at hun i minst tre måneder sammenhengende ikke har hatt annen inntekt enn økonomisk stønad etter § 5–1 i sosialtjenesteloven. Det er ikke nok at man fyller vilkårene for å motta slik stønad, så lenge man ikke faktisk gjør det.

Klageren har ikke mottatt sosial stønad og oppfyller dermed ikke vilkårene for å få rentefritak etter denne forskriften. Klagenemnda har ingen merknader til vedtaket.»

A klaget deretter hit.

Lånekassen ble i brev herfra anmodet om en redegjørelse for sin forståelse av regelverket for rentefritak. Det ble særlig spurt om ikke hensynene bak bestemmelsen tilsa at de som dokumenterte å være berettiget til å motta sosialstønad, ble likestilt med dem som faktisk mottok slik stønad. Siden øvrige grunnlag for rentefritak i forskriftens kapittel VI kan gi rett til rentefritak i situasjoner der låntakeren er i en vesentlig bedre økonomisk situasjon enn tilfellet var for A, ble det spurt om Lånekassens forståelse ga god harmoni i regelverket.

Lånekassen besvarte henvendelsen herfra slik:

«1. Lånekassens forståelse av forskriftens krav om at låntakeren «ikkje har hatt anna inntekt enn økonomisk stønad etter § 5–1 i sosialtjenesteloven», er at låntakeren både må ha mottatt sosialstønad i den aktuelle perioden, og i tillegg ikke ha hatt andre inntekter i samme periode. Etter vår oppfatning måtte forskriften hatt en noe annen utforming dersom låntakere som kvalifiserer for slik stønad, men som ikke har søkt og mottatt stønad, også skulle hatt rett til rentefritak. Vi mener at ordlyden i forskriften da måtte ha vært noe annerledes, som for eksempel «låntakere som har mottatt eller er kvalifisert for økonomisk stønad etter § 5–1 i sosialtjenesteloven og ikke har hatt annen inntekt.....»

Til sammenligning stiller Lånekassen krav om at låntakere som gis rentefritak på grunn av arbeidsledighet, skal ha vært registrert hos Aetat i hele den aktuelle perioden. Det er ikke tilstrekkelig at låntakeren faktisk har vært uten arbeid, men han/hun må dokumentere registrert arbeidsledighet for å få rentefritak.»

Det ble ellers pekt på at det for å få rentefritak av sosiale og økonomiske årsaker stilles krav til både årsak og inntekt. Det er bare for rentefritak etter punkt 8.3 det ikke er fastsatt en øvre grense for inntekt. Man har ikke vurdert en utvidelse av retten til rentefritak ved bare å knytte den til inntekt under et fastsatt nivå.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«Forskrifter om tildeling av utdanningsstøtte og om forrenting og tilbakebetaling av lån for 2003 og 2004 kap. VI pkt. 8.3 lyder slik:

«Fra 1. januar 2002 kan det bli gitt rentefritak til en låntaker som dokumenterer at han/hun i minst tre måneder sammenhengende ikke har

hatt annen inntekt enn økonomisk stønad etter § 5–1 i sosialtjenesteloven. Rentefritak etter dette punktet kan bli gitt for inntil tre år til sammen».

Lånekassen forstår bestemmelsen slik at det er et absolutt krav at låntakeren også må ha *mottatt* sosialstøtten for å kunne kreve rentefritaket.

Jeg er enig i at Lånekassens forståelse har støtte i ordlyden. Etter mitt syn kan imidlertid forskriften også leses slik at det sentrale er at låntakeren ikke må ha hatt *andre* inntekter enn sosialstøtte for å få rentefritaket. En slik forståelse vil dessuten være mer i samsvar med formålet med rentefritaksreglene.

Etter utdanningsstøtteleven 26. april 1985 nr. 21 § 1 er et av formålene med utdanningsstøtten «å bidra til å fjerne ulikhet [...] slik at utdanning kan skje uavhengig av [låntakerens] økonomiske eller sosiale situasjon». Bestemmelsen om rentefritak i tilfeller der låntaker mottar sosialhjelp, må antas å være begrunnet i at låntakeren da ikke har økonomisk evne til å bære rentebelastningen. Jeg peker på at det bare er sosialstønad etter sosialtjenesteloven § 5–1 (stønad til livsopphold) som kan gi rett til rentefritak. Slik stønad gis forutsetningsvis ikke med mindre det er klart at søkeren ikke har alternative inntektskilder. Videre utgjør stønaden et beskjedent beløp til det mest nødvendige til livsoppholdet. Det har derfor formodningen for seg at de fleste låntakere som er i en slik situasjon, også vil søke om sosialhjelp.

Det kan imidlertid tenkes låntakere som av ulike grunner ikke ønsker å ta i mot stønad til livsopphold, selv om de oppfyller de strenge vilkårene for å få slik stønad, for eksempel personlig stolthet og et sterkt ønske om å klare seg selv. Det økonomiske behovet for rentefritak er imidlertid like stort og kanskje større i disse tilfellene.

Sammenhengen med de øvrige grunnlagene for rentefritak i forskriften tilsier etter min mening at det ikke kan være avgjørende at sosialstønaden faktisk er utbetalt. Det kan kreves rentefritak i situasjoner der låntaker er i en vesentlig bedre økonomisk situasjon enn tilfellet er der låntakeren kvalifiserer for å motta sosialstønad til livsopphold. Eksempelvis kan det etter forskriftens pkt. 8.2 kreves rentefritak allerede der låntakeren har en brutto månedsinntekt på kr 13.300 eller lavere. Etter pkt. 8.4 kan det kreves rentefritak dersom låntakeren til tross for å ha vært i fulltidsarbeid, har hatt en lavere bruttoinntekt enn kr 9.450 pr. mnd. Begge disse inntektsgrensene forhøyes dersom låntakeren har omsorgsbyrde. Livsoppholdssatsene ligger på sin side betydelig lavere enn disse.

Jeg antar at utformingen av forskriften må sees i sammenheng med at de som kvalifiserer til sosialstønad til livsopphold, normalt også vil søke om og motta slik stønad. På bakgrunn av formålet bak rentefritaksreglene er det vanskelig å se noen selvstendig begrunnelse for hvorfor låntakeren faktisk må

motta sosialstønaden. Etter min mening må det sentrale for å oppnå rentefritak være at låntakeren ikke kan ha hatt *andre* inntekter enn sosialhjelp. Har låntakeren derimot hatt andre inntekter, hva enten det gjelder arbeidsinntekter eller trygd, og hva enten det gjelder store eller små inntekter, kan det ikke kreves rentefritak etter bestemmelsen i pkt. 8.3, og låntakeren er dermed henvist til de øvrige fritaksgrunnlagene. Jeg kan ikke se at forarbeidene til pkt. 8.3. i forskriften utelukker å tolke bestemmelsen slik at det er tilstrekkelig for rentefritak at vilkårene for å motta sosialhjelp er oppfylt.

I sitt svar på foreleggelsen herfra, viser Lånekassen til at det kreves at låntakeren må ha vært registrert hos Aetat dersom det kreves rentefritak i forbindelse med arbeidsledighet. Jeg kan ikke se at dette momentet taler for Lånekassens forståelse av forskriftens pkt. 8.3. En slik registrering er ment å sikre *dokumentasjon* for at rentefritaksvilkårene er oppfylt. Det kan ikke være tvilsomt at Lånekassen må kunne kreve at låntakeren dokumenterer å være berettiget til å motta sosialstønad til livsopphold. Dette må imidlertid kunne dokumenteres også på andre måter enn gjennom faktisk utbetaling av stønaden. Om den aktuelle dokumentasjonen er tilstrekkelig, må på sin side avgjøres konkret i den enkelte sak.

Jeg er etter dette kommet til at Lånekassens avslag på As søknad om rentefritak bygget på en uriktig forståelse av forskriften. Jeg ber derfor om at Lånekassen gjennomgår saken på nytt, og spesielt vurderer om den dokumentasjonen som A fremla for at hun kvalifiserte til sosialstønad, var tilstrekkelig».

Lånekassen vurderte deretter saken på nytt, og innvilget A rentefritak.

Forbrukerrådet

27.

Saksbehandlingen hos Forbrukerrådet Nordland – spørsmål om kontradiksjon m.m.

(Sak 2004–1260)

Forbrukerrådet Nordland hadde behandlet en tvist om et bilsalg mellom to private parter.

Ombudsmannen uttalte at forbrukerrådets behandling var i strid med forbrukertvistloven og tilhørende forskrift, bl.a. fordi saken ikke synes å ha blitt behandlet i samsvar med det kontradiktoriske prinsipp og fordi rådet ikke hadde opptrådt på en slik «uhildet og nøytral» måte som lovgiver hadde forutsatt.

Saken gjelder Forbrukerrådet Nordlands (FN) behandling av klage fra kjøperens advokat i forbindelse med kjøp av bil.

På bakgrunn av klagen fra kjøperens advokat, henvendte FN seg til selgeren i brev 13. november

2003 med forslag til minnelig løsning. I brevet fremgår det blant annet at det «fremkommer av sakens dokumenter at der foreligger mislighold mellom selgers opplysninger om bilens tilstand og bilens faktiske egenskaper etter undersøkelse utført av --- Auto». Det fremgår videre at FN vurderte «saken slik at det foreligger en mangel som gir kjøperen rett på et prisavslag, samt erstatning for noen av sine utgifter». Etter FNs vurdering kunne saken behandles i Forbrukertvistutvalget (FTU). Dersom FN ikke skulle høre fra selger «innen to uker fra dags dato», ville FN avslutte saken og «anbefale klager å bringe den inn for Forbrukertvistutvalget». FN gjorde også oppmerksom på forbrukertvistloven § 9, og ga uttrykk for at «dersom den ene part unnlater å svare, har Forbrukertvistutvalget anledning til å fatte vedtak på grunnlag av de opplysninger som ellers er kommet frem i saken».

I likelydende brev til partene 27. november 2003, ga FN beskjed om at saken ble avsluttet der, idet det «har dessverre ikke lyktes å finne noen minnelig løsning av saken» og fordi FN heller ikke regnet «med å komme videre med vår saksbehandling».

Selgeren henvendte seg imidlertid til FN i brev 26. november 2003 (registrert innkommet hos FN 28. november 2003), der hun blant annet ga uttrykk for at klagen fra kjøperen ikke var blitt behandlet i henhold til forbrukertvistloven § 5 annet ledd. Hun ga videre kommentarer til kjøperens klage, og fant «etter omstendighetene» å kunne gi et prisavslag som lå under forslaget til FN. Hun presiserte imidlertid at tilbudet ikke medførte at hun erkjente at det forelå noen mangel ved bilen. Tilbudet var «kun ment for å få en avslutning på saken nå».

Kjøperen aksepterte 11. desember 2003 selgerens tilbud «for å få saken «ut av verden» på en rask måte».

Selgeren klaget til ombudsmannen, og fremholdt at det forelå «flere eklatante brudd på lov- og forskriftsbestemte saksbehandlingsregler ved Forbrukerrådet Nordlands behandling av saken». Hun viste blant annet til at hun ikke var blitt bedt om å uttale seg (manglende kontradiksjon) før FN fremmet et forslag til løsning i saken, og at det heller ikke fant sted noen meglings. Hun mente også at det forelå «manglende upartiskhet» ved FNs behandling av saken. Hun viste videre til at FN, dersom hun ikke besvarte forbrukerrådets brev 13. november 2003 innen en oppgitt frist, anbefalte klageren å bringe saken inn for Forbrukertvistutvalget. Dette ble etter det opplyste gjort uten å høre hennes «versjon av saken, altså om det foreligger uenighet mellom partene om hva som ble sagt ved kjøpet, eller om andre faktiske forhold av betydning». Selgeren viste også til at FN samme dag som svarfristen gikk ut, konstaterte at det ikke var funnet «noen minnelig løsning i saken». Selgeren vises i denne forbindelse blant annet til at FN «både den 19. og 20. november 2003 mottok

eposter i anledning saken» og «visste således at undertegnede arbeidet med saken».

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og FN ble forelagt klagen fra selgeren. Som følge av at FN i brevet til henne syntes å ha gitt uttrykk for synspunkter på rettsspørsmålene knyttet til den konkrete tvisten, ble FN bedt om å redegjøre nærmere for hvorfor klagen fra kjøperens advokat ikke ble forelagt selgeren med mulighet til å imøtegå påstandene som der ble fremsatt, før rådet ga uttrykk for sitt syn på saken.

FN ble videre bedt om å kommentere om rådet i saken hadde inntatt en «uhildet og nøytral holdning innenfor rammene av gjeldende rett», og ble i denne forbindelse bedt om å gi sitt syn på om rådets brev 13. november 2003 var egnet til å gi inntrykk av at det verken var anledning eller behov for selgeren å imøtegå det syn rådet la til grunn på rettsspørsmålene i saken. FN ble videre stilt spørsmål om partene ble gjort kjent med at FN «ikke opptre som noen partsrepresentant i tvisten og de prinsipper som saksbehandlingen for øvrig er basert på», jf. forskrift om Markedsrådets og Forbrukerrådets behandling av forbrukerkjøpstvister § 5 fjerde ledd.

I svarbrevet 5. april 2004 opplyste FN innledningsvis at det i FNs standardbrev blir orientert om formål og nøytralitet. FN viste videre til at «[t]vistesaken mot selgeren ble overført til oss fra kjøperens advokat for innbringelse til FTU, og da etter omfattende saksbehandling og full kontradiksjon». Innsigelsene fra selgeren var derfor «velkjente» for FN, og kravet om å sørge for sakens opplysning etter forbrukertvistloven § 5 «var på dette tidspunktet tilfredsstilt i den forstand at det ikke forelå tildriv fra vår side om å be om ytterligere opplysninger». Fra brevet hit siteres:

«Spørsmålet blir da hvilket behov selgeren kan ha hatt for å få opplyst eksplisitt om vår nøytralitet. Og videre; var det behov for å gi henne eksplisitt anmodning til å imøtegå klagerens/advokatens påstander i saken?

Som det fremgår av vårt brev den 13.11.03 ble selgeren orientert om oversendelsen fra kjøperens advokat og fikk vedlegg av påstandene for FTU inklusive hennes egne innsigelser. Vi utdypet saken ytterligere og modifiserte advokatens synspunkter ved bl.a. ved å påpeke påregnelige mangler som kjøper må bære risikoen for, og dessuten at vi oppfattet saken som et rent privatkjøp. Videre ble det understreket at vårt forslag til løsning var en «minnelig løsning», og an så at alt dette var tilstrekkelig for at selgeren måtte oppfatte oss som nøytrale og uhildede.

Brevet ble ikke besvart fra selgerens side. Begge parter fikk etter dette mulighet til å bringe saken inn for FTU. I dette standardbrevet, datert 27.11.03, ble det gjentatt at det var en minnelig løsning i saken vi ikke hadde fått i stand.

Først på dette stadiet fremsetter selgeren kritikk over vår saksbehandling. Ettersom kritikken ble avsluttet med et forslag nettopp til minnelig

løsning (og langt under advokatens påstand på kr 34 000,- og ca 5 000,- under vårt forslag på kr 18 221,62 + mva), fant vi ingen grunn til å bedyre vår uhildethet. Vår hovedoppgave var å få konsensus på det vi anså som en fornuftig løsning på saken.»

Det ble videre gitt uttrykk for at det er «mulig» at FN i brevet 13. november 2003 til selgeren «burde presisert sterkere vår nøytralitet og at vi på dette tidspunktet ikke hadde tatt stilling», men kritikken i selgerens brev 26. november 2003 «viser likevel [at] hun har vært fullt klar over begge forhold». Etter FNs oppfatning var det «uansett lite som taler for at hennes forslag til minnelig løsning ... ville blitt et annet og mindre dersom saken hadde blitt overført til FTU, og det var videre «noe overraskende at klager godtok forslaget, sett på bakgrunn av kravet fra hans advokat». Fra brevet hit siteres videre:

«Jeg ser det ellers slik at kravet til rask og effektiv behandling hos oss er et gode for partene. I dette tilfellet ville eksplisitt informasjon om vår nøytralitet og uten føringer på meglersresultatet gjort saksbehandling mer vidløftig. Saken ville krevd ekstra runder med brevveksling og kanskje hindret det gode resultatet saken tross alt endte opp med. I vår meglersrolle for FTU ligger også en silingsoppgave og en vurdering av hvilket vedtak FTU sannsynligvis vil komme fram til. Også dette innebærer at vi [i] vår meglersrolle antyder hva vi mener ligger innenfor gjeldende rett og som FTU vil vektlegge».

Selgeren kom med merknader til FNs svarbrev, og FN kom tilbake til saken og ga uttrykk for at det «er korrekt at standardbrevet ikke ble oversendt innklagde i dette tilfellet, og at årsaken var at «saken ikke startet hos oss, men ble oversendt fra klagers advokat med sikte på FTU-behandling». Det ble i brevet til selgeren i stedet «presisert at vår rolle var å komme fram til en «minnelig løsning» og at den ellers ville bli brakt inn for FTU». FN uttalte bl.a.:

«Det er godt mulig at vi i saker mellom private parter og der klager har brukt advokat forut for innbringelse for oss, må være ekstra nøye med å presisere vår meglingsoppgave og nøytralitet. Der det av sammenhengen likevel fremgår at partene rent faktisk oppfatter dette, og uansett ikke lider rettstap, kan effektivitet i saksbehandlingen tilsi mindre formelle og byråkratiske formuleringe[r] og en mer «rett på sak» behandling.»

FN ga deretter på anmodning herfra en kort redegjørelse for praksis vedrørende fastsettelse av fristutgangspunktet og når fristen anses oversittet.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Partene i den underliggende tvisten kom frem til en løsning som begge kunne godta. Saken har likevel vært undersøkt her med henblikk på å vurdere om

FN har opptrådt i samsvar med det regelverket som regulerer deres rolle i saker som begjæres behandlet av Forbrukertvistutvalget.

Reglene for Forbrukerrådets saksbehandling fremgår av lov 28. april 1978 nr. 18 om behandling av forbrukertvister (forbrtv).l).

Forbrtv.l. § 5 første og andre ledd lyder slik:

«Forbrukerrådet skal sørge for sakens opplysning og herunder innhente sakkyndige uttalelser i den utstrekning det finnes rimelig.

Forbrukerrådet skal megle i saken etter at partene er gitt adgang til å uttale seg. Så vel under meglingen som ved den øvrige behandling av saken skal Forbrukerrådet innta en uhildet og nøytral holdning innenfor rammen av gjeldende rett.»

Saksbehandlingskravene er utdypet i forskrift 22. desember 1978 nr. 4 om Markedsrådets og Forbrukerrådets behandling av forbrukerkjøpstvister mv., der det i § 5 tredje ledd fremgår at en klage «som tas opp til videre behandling skal forelegges motparten(e) før Forbrukerrådet gir uttrykk for eventuelle synspunkter på rettsspørsmålene i en tvist». Av forskriften § 9 fremgår det videre at etter «partene er gitt adgang til å uttale seg om saken, kan Forbrukerrådet på ethvert trinn av saksbehandlingen fremme forslag til løsning av tvisten».

Som nevnt ovenfor, fremgår det av FNs første brev 13. november 2003 til selgeren at FN vurderer «saken slik at det foreligger en mangel som gir kjøperen rett på et prisavslag, samt erstatning for noen av sine utgifter». Slik dette brevet er formulert, står det for meg rimelig klart at FN allerede da hadde gitt uttrykk for sine «synspunkter på rettsspørsmålene» i tvisten, jf. forskriften § 5 tredje ledd. FN fremmet i det samme brevet et forslag til minnelig løsning, basert på de dokumentene som da forelå, uten at selgeren var «gitt adgang til å uttale seg», i strid med forbrtv.l. § 5 annet ledd og forskriften § 9 første ledd. Det ble i brevet videre gitt uttrykk for at FN ville «anbefale» kjøperen om å bringe saken inn for Forbrukertvistutvalget hvis selgeren ikke lot høre fra seg innen to uker fra brevets dato.

Etter mitt syn er FNs behandling av denne saken kritikkverdig, idet saksbehandlingen er klart i strid med det lov- og forskriftsgrunnlaget som regulerer Forbrukerrådets behandling av slike saker. FN synes i denne saken å ha forlatt det kontradiktoriske prinsipp som regelverket hviler på. Selv om FN gjennom klagen fra kjøperens advokat ble kjent med hva selgeren inntil da hadde fremholdt i saken, kan jeg vanskelig se at det var grunnlag for ikke å la selgeren uttale seg om klagen. Det følger av regelverket at begge partene skal gis anledning til å uttale seg før det gis uttrykk for rettslige synspunkter, og ellers før megling foretas. Dessuten vil nettopp det forhold at en sak er brakt inn for Forbrukerrådet med en eventuell senere behandling i Forbrukertvistutvalget kun-

ne medføre at saken får et mer «alvorlig» preg for den innklagede. Jeg viser for så vidt her til at Forbrukertvistutvalgets vedtak etter forbrtv. § 11 vil kunne ha «samme virkning som rettskraftig dom og kan fullbyrdes etter reglene for dommer». I denne forbindelse er det grunn til å trekke frem at FN i brev hit 5. april 2004 ga uttrykk for at plikten til å opplyse saken etter forbrtv. § 5 var «tilfredsstilt» gjennom klagen med vedlegg fra kjøperens advokat, som representerte den ene parten. Utredningsplikten var «tilfredsstilt i den forstand at det ikke forelå tildriv fra vår side om å be om ytterligere opplysninger». Dette kan ikke være holdbar saksbehandling fra FNs side. FN har et selvstendig ansvar for å opplyse saken, som må sees i sammenheng med den kontradiktoriske saksbehandlingen som FN etter kompetansegrunnlaget skal føre. Det er kritikkverdig at FN anser sin egen utredningsplikt for å være oppfylt gjennom det som er fremlagt fra kun en part.

Hvorvidt selgeren oppfattet FN som nøytral i saken eller ellers hadde kjennskap til at FN skal opptre nøytralt, er etter min oppfatning av mindre betydning. Plikten til å inn ta en «uhildet og nøytral» holdning påhviler FN selv, uavhengig av hvilken kunnskap partene i den enkelte sak måtte ha om FNs behandling. Da det som her ble konstatert mangel og rett til prisavslag samt erstatning, før selgeren fikk anledning til å møtegå kjøperens anførsler, og da kjøperen i tillegg ble anbefalt av FN å bringe saken inn for Forbrukertvistutvalget, kan jeg vanskelig se at FN har opptrådt på en slik «uhildet og nøytral» måte som forutsatt av lovgiveren. Jeg ser ikke bort fra at en part i en slik situasjon vil kunne føle seg «presset» til å godta hele eller deler av et krav, eller et forslag til «minnelig løsning», som parten ellers ikke ville ha akseptert.

FN har naturlig nok få muligheter til selv å vurdere hvordan en part oppfatter eller rimeligvis må oppfatte rådets opptreden i den enkelte sak. Det er derfor av avgjørende betydning for tilliten til FNs rolle som saksforberedende organ for Forbrukertvistutvalget at de gitte saksbehandlingskravene følges i hver sak, selv om dette vil kunne innebære «ekstra runder med brevveksling». Jeg er for så vidt enig med FN i at en rask og effektiv behandling er et gode for partene, men forbrukertvistloven skal også sikre en betryggende behandling, noe som blant annet kommer til uttrykk ved at FN gjennom begge parter medvirkning skal sørge for sakens opplysning.

Selv om FN etter forskriften § 6 skal sørge for at saken opplyses uten «uten unødig tidstap», fastsetter verken forbrtv. eller forskriften eksplisitte frister for FNs saksforberedelse. Etter min oppfatning er det naturlig å anvende prinsippet i forvaltningsloven § 30, der det fremgår at klagefristen avbrytes når en klage er innlevert til postkontoret. Svaret fra selgeren er datert 26. november 2003 og det ble registrert inn hos FN 28. november 2003. FN synes videre

gjennom mottak av to e-poster, hvorav én ble besvart, å ha vært orientert om at selgeren ville besvare brevet 13. november 2003. Sett i dette lyset stiller jeg meg kritisk til at FN allerede 27. november 2003, som følge av at det da ikke var innkommet svar fra selgeren, konstaterte at det ikke har lyktes å finne noen minnelig løsning i saken.

FN har ikke besvart spørsmålet herfra om den aktuelle saken er representativ for rådets behandling av saker etter forbrukertvistloven, ut over å legge ved en kopi av et standardbrev som brukes ved oppstarten av klagesakene. Standardbrevet synes å være i samsvar med forbrukertvistloven og forskriften. FN har imidlertid i brevet hit gitt uttrykk for at det i meglerrollen ligger en «silingsoppgave og en vurdering av hvilket vedtak» Forbrukertvistutvalget sannsynligvis vil komme fram til. Det er noe uklart hva FN her mener. Jeg finner likevel grunn til å fremheve at det ikke er FNs oppgave å avgjøre forbrukertvister. Siktemålet med FNs behandling av forbrukertvister skal etter loven gjennomgående være å utrede saken og innenfor gjeldende rett fremsette forslag til minnelig løsning av den. Oppnås ikke slik enighet, skal partene orienteres om adgangen til å begjære saken fremmet for Forbrukertvistutvalget. Dersom partene ikke utvetydig blir gjort oppmerksomme på FNs rolle, og FN ikke aktivt følger en nøytral linje i hver sak, kan FN av partene bli ansett for å inneha en annen kompetanse enn det som følger av loven. Jeg kan således ikke se at det er rom for en slik «rett på sak»-behandling FN viser til i brevet hit 13. mai 2004.

Forbrukertvisten er som nevnt avgjort. Jeg ber om at FN likevel merker seg mine synspunkter og tar de i betraktning ved behandlingen av fremtidige forbrukertvister.

Slik denne saken ligger an, ber jeg om at det vurderes om selgeren bør tilstå kompensasjon for de utgifter hun har hatt ved å klage hit.»

Forbrukerrådet opplyste deretter at selgeren var tilbudt kompensasjon for utgifter til juridisk bistand m.m.

Billighetserstatning

28.

Saksbehandlingen i saker om billighetserstatning

(Sak 2004–1575)

Saken gjelder Justisdepartementets og Justissekretariatens forberedende behandling av sak om billighetserstatning, før den skal avgjøres av Stortingets billighetserstatningsutvalg. Søkeren ble ikke holdt underrettet om forventet saksbehandlingstid, herunder om forsinkelser. Den konkrete saken var også gjenstand for særskilte forsinkelser i forbindelse med at sekretariatsfunksjonen for Billighetserstat-

ningsutvalget 1. januar 2004 ble overført fra Justisdepartementet til Justissekretariatene.

Ombudsmannen kom til at saksbehandlingstiden i saker om billighetserstatning ikke kunne kritiseres på generelt grunnlag. Ombudsmannen understreket viktigheten av å holde søkeren underrettet om sakens fremdrift og eventuelle forsinkelser. Justissekretariatene ble bedt om å gjennomgå sine rutiner for å følge opp saker som er sendt andre organer til uttalelse. Saksbehandlingen i den konkrete saken ble kritisert.

A søkte Justisdepartementet om billighetserstatning 27. februar 2002. Bakgrunnen var mangelfull behandling på Oslo legevakt 7. mars 1990, samt feildiagnostisering og problemer i møte med helsevesenet etter dette. Hun mottok foreløpig svar fra departementet ved brev 6. mars 2002. Her ble det opplyst at saksbehandlingstiden er svært lang og at avgjørelse ikke ventes før om tidligst ett år. Ved brev 6. mars 2002 ble saken oversendt Sosial- og helsedirektoratet til forberedende behandling. Den 17. januar 2003 ble saken sendt tilbake til Justisdepartementet. Bakgrunnen for dette var at klageren også hadde søkt erstatning fra Norsk pasientskadeerstatning (NPE), og Sosial- og helsedirektoratet ba departementet avgjøre hvordan søknaden skulle håndteres inntil vedtak var fattet i NPE. I brev 21. januar 2003 til Justisdepartementet presiserte A at søknaden til NPE gjaldt et annet forhold enn det som ga grunnlaget for billighetserstatningssøknaden.

I Justisdepartementets brev 11. april 2003 ble A bedt om å dokumentere dette. Etter å ha mottatt opplysninger fra henne om at det gjaldt forskjellige saker, oversendte departementet 25. april 2003 igjen saken til forberedende behandling i Sosial- og helsedirektoratet. A mottok kopi av oversendelsesbrevet.

A sendte 2. juli 2003 purring til Justisdepartementet. I departementets svar 14. juli 2003 ble det opplyst at saken ikke kunne «ventes avgjort før tidligst til høsten». Justisdepartementet sendte 23. oktober 2003 en påminnelse om saken til Sosial- og helsedirektoratet. A sendte på ny purringer til Justisdepartementet, henholdsvis 4. januar 2004, 28. februar 2004 og 25. mars 2004. I brev 25. mars 2004 klaget hun også hit over lang saksbehandlingstid og manglende svar fra Justisdepartementet.

Den 2. og 5. april 2004 ble det herfra gjort telefonhenvendelser til Justissekretariatene om saken. I brev 14. april 2004 til A opplyste Justissekretariatene at det samme dag var sendt brev til Sosial- og helsedirektoratet med anmodning om tilbakemelding om forventet saksbehandlingstid. Det ble også opplyst at sekretariatet for Billighetserstatningsutvalget var overført fra Justisdepartementet til Justissekretariatene.

I brev herfra 16. april 2004 ble Justissekretariatene bedt om å opplyse om gjennomsnittlig saksbehandlingstid i saker om billighetserstatning og hvor

lang tid det tar fra en søknad om billighetserstatning kommer inn, til saken blir oversendt faginstansen til forberedende behandling. Videre ble det bedt om en redegjørelse for hvilke oppfølgingsrutiner som er iverksatt for å følge opp saker som er oversendt andre instanser til forberedelse, samt i hvilken grad det sendes forsinkelsesmeldinger i saker hvor behandlingen av saken tar lengre tid enn angitt i foreløpige svar. Det ble også bedt om svar på hvorvidt søkere med løpende saker fra før 1. januar 2004 ble orientert om endringen av sekretariatsfunksjonen.

I forhold til den konkrete saken ble Justissekretariatene bedt om å opplyse om saken har vært fulgt opp fra Justisdepartementet/ Justissekretariatene i forhold til tidsbruken i Sosial- og helsedirektoratet. Det ble også bedt om svar på hvorfor A ikke hadde fått svar på sine purringer, samt hvor lang saksbehandlingstid som nå kunne forventes.

I Justissekretariatenes svar 11. mai 2004 het det om de generelle spørsmålene:

«Gjennomsnittlig saksbehandlingstid i saker om billighetserstatning er normalt mellom ett og to år avhengig av sakens art.

En søknad om billighetserstatning blir normalt oversendt faginstansen innen fire uker etter at den kom inn til Justissekretariatene. Vi har interne rutiner for å følge opp sakene som blir oversendt de respektive faginstanser ved at disse blir purret opp jevnlig.

I førstegangsbrevet til søker opplyses vedkommende om at det er lang saksbehandlingstid i disse sakene samtidig som det opplyses om når søknaden tidligst kan forventes avgjort.

Søkere med løpende saker fra Justisdepartementet blir orientert om endringen av sekretariatsfunksjonen når Justissekretariatene besvarer henvendelser som opprinnelig ble sendt Justisdepartementet.»

Det ble videre redegjort for saksgangen i den konkrete saken og bl.a. uttalt:

«Justissekretariatene beklager at A's purringer av 04.01.04, 28.02.04 og 25.03.04 ikke ble besvart før 14.04.04. Dette har sammenheng med at vi hadde problemer med å finne saken, dette er beklagelig men dessverre noe som kan skje særlig i forbindelse med flytting og oppstart av ny virksomhet slik vi nå har vært igjennom.»

I brev 15. mai 2004 kommenterte A dette bl.a. slik:

«Det er hele tiden jeg som har vært nødt til å purre for å få forsinkelsesmeldinger og tilbakemelding på når saken min kan ventes avgjort.

(...) Min søknad til Norsk Pasientskadeerstatning ble sendt NPE 08.01.02. Først ett år senere blir jeg bedt om å presisere at dette gjelder en annen sak enn det jeg søker billighetserstatning for (...). Brevet fra meg vedr. presiseringen ble sendt 21.01.03 likevel går det over fire måneder før saken sendes tilbake til Sosial- og helsedirektoratet.»

I brev herfra til Justissekretariatene 25. mai 2004 ble det bedt om eventuelle merknader til As brev, og særlig til brevetts avsnitt om forsinkelsesmeldinger. I svaret fra Justissekretariatene 3. juni 2004 het det bl.a.:

«Som det fremgår av vårt brev av 11.05.04 opplyses søker om at det er lang saksbehandlingstid i saken, samt om når søknaden tidligst kan forventes avgjort. Utover dette sendes ingen forsinkelsesmeldinger. Billighetserstatningssakene er ofte svært forskjellige med hensyn til art og omfang, slik at det er vanskelig å angi nøyaktig saksbehandlingstid.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«1. Forholdet til ombudsmannens arbeidsområde

Med virkning fra 1. januar 2004 endret Stortinget ombudsmannsinstruksen 19. februar 1980 § 2 tredje ledd. Det er nå uttrykkelig fastsatt at klager på Stortingets billighetserstatningsutvalg er unntatt fra ombudsmannens arbeidsområde. Forvaltningens saksbehandling som sekretariat for utvalget, er imidlertid ansett omfattet av arbeidsområdet, se blant annet ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 12–13. Spørsmålene klagen omfatter, kan således behandles av ombudsmannen.

2. Generelle saksbehandlingsspørsmål

Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11a skal det gis foreløpig svar i enkeltsaker dersom en henvendelse ikke kan besvares innen en måned etter at den er mottatt. Dersom den angitte saksbehandlingstid ikke overholdes, følger det av god forvaltnings-skikk at det bør sendes ny orientering med ny tidsangivelse. Dette er viktig av hensyn til den enkelte som venter på svar fra forvaltningen, og av hensyn til tillitsforholdet mellom borger og offentlige myndigheter.

Justissekretariatene opplyser at gjennomsnittlig saksbehandlingstid i saker om billighetserstatning normalt er mellom ett og to år og at det utover foreløpig svar «sendes ingen forsinkelsesmeldinger».

Ut fra sakenes art og den spesielle erstatningsordning dette er, kan jeg vanskelig ha innvendinger til saksbehandlingstidens lengde, ut over å konstatere at den er lang.

Det er særlig på saksområder med lang saksbehandlingstid at det er størst behov for underretning til partene om fremdriften av saksbehandling og såkalte forsinkelsesmeldinger. På dette saksområdet kommer det i tillegg at saken skal behandles av flere organer, slik at søkerne kan ha behov for og ønske om å vite hvor saken befinner seg.

Justissekretariatene har opplyst at de har purrerutiner for å følge opp de sakene som er sendt til andre organer. Det er ikke nærmere redegjort for disse ruti-

nene, og det er ikke opplyst om det ved purring sendes gjenpart til søkeren. Denne saken etterlater tvil om purrerutinene er gode nok – om de er hyppige nok og om det gjøres en tilstrekkelig individuell vurdering av saken.

Jeg ber Justissekretariatene foreta en gjennomgang av disse saksbehandlingsrutinene. Særsilt ber jeg om at det vurderes å innføre som fast rutine å sende gjenpart til søkeren når det sendes purring til et forvaltningsorgan. En slik underretning gir informasjon til den som venter på svar og vil være lite arbeidskrevende for forvaltningen.

3. Saksbehandlingen av klagesaken

Årsaken til den spesielt lange saksbehandlingstiden i denne saken var bl.a. at klageren også hadde sendt klage til NPE. Sosial- og helsedirektoratet stilte saken i bero i om lag ti måneder i påvente av vedtak fra NPE. Etter at misforståelsen ble oppklart, sendte Justisdepartementet saken på nytt til forberedende behandling i Sosial- og helsedirektoratet 25. april 2003 (ca. ett år etter at det ble gjort første gang). Det ble ikke bedt om at saken ble prioritert, og det kan synes som om den da «startet på nytt» i direktoratet. Justisdepartementet purret etter et halvt år (23. oktober 2003). Etter at Justissekretariatene overtok sekretariatsfunksjonen 1. januar 2004 ble det derfra 4. mars 2004 oversendt mottatt tilleggsdokumentasjon til direktoratet. Svar ble ikke etterlyst og klagerens purringer ble ikke besvart før det i april 2004 ble gjort henvendelser herfra om saken.

Saksbehandlingen av denne saken har vært uheldig, både med hensyn til saksbehandlingstiden og manglende svar til klageren. Da deler av denne saksbehandling har funnet sted i Justisdepartementet og Sosial- og helsedirektoratet, som ikke har hatt anledning til å uttale seg i saken, går jeg ikke nærmere inn på dette.

Videre har det vært spesielle problemer i forbindelse med oppstart av ny virksomhet i Justissekretariatene. Rutinen det var lagt opp til for å underrette søkerne i løpende saker om endringen i sekretariatsfunksjonen, kan ikke sies å ha fungert tilfredsstillende i denne saken. Klageren sendte purringer til Justisdepartementet i januar, februar og mars 2004 uten å få noe svar eller slik underretning, selv om sekretariatet 4. mars 2004 sendte brev til Sosial- og helsedirektoratet om saken.

Det er enda ikke gitt opplysninger om når saken kan ventes ferdigbehandlet. Under henvisning til at det nå snart har gått to og et halvt år fra klageren fremsatte sin søknad og under henvisning til det jeg har uttalt om saksbehandling, må jeg be om at Justissekretariatene nå sørger for at saken prioriteres.»

Justissekretariatene orienterte deretter om når As sak skulle behandles av Utvalget for billighetserstatninger. Det ble videre uttalt:

«Vi har gjennomgått våre saksbehandlingsrutiner. Søker skal få et foreløpig svar om forventet saksbehandlingstid så snart vi mottar søknaden, og senest innen en måned etter dette tidspunktet. Saker som sendes til andre organer for uttalelse skal purres etter ett år, og deretter hvert halvår. Vi har nå innført som fast rutine at det ved slik purring sendes gjenpart til søkeren.»

Sosialtjenester, omsorgslønn, ektefellebidrag og barnebidrag

29.

Brukerstyrt personlig assistanse for barn med omfattende funksjonsnedsettelse

(Sak 2004–1626)

I en sak om brukerstyrt personlig assistanse, redegjorde ombudsmannen blant annet for rettsgrunnlaget for ordningen med brukerstyrt personlig assistanse for familier med barn med omfattende funksjonsnedsettelse.

Ombudsmannen uttalte at det er vanskelig å se at en «foreldrestyring» av den personlige assistenten kan overta den pleietrengendes selvstendige ansvar som har vært formålet med ordningen.

Fra min uttalelse siteres:

«Sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 4–2 bokstav a) bestemmer at:

«De sosiale tjenester skal omfatte

a) praktisk bistand og opplæring, herunder brukerstyrt personlig assistanse, til dem som har et særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjonshemming, alder eller av andre årsaker.»

Alternativet brukerstyrt personlig assistanse kom inn i sosialtjenesteloven ved lovendring som trådte i kraft 1. mai 2000.

I Ot.prp. nr. 8 (1999–2000) punkt 1.2, er det fremhevet at målet med tjenesten er å bidra til at brukeren får et aktivt og mest mulig uavhengig liv til tross for sterk funksjonshemming. I punkt 4.1 heter det blant annet:

«På samme måten som for de andre tiltakene etter § 4–2, har kommunen plikt til å ha et tilbud om tjenesten, og det er kommunen som i utgangspunktet skal avgjøre hvilke tjenester som er mest hensiktsmessige. Det er imidlertid viktig å påpeke den plikten kommunen har etter sosialtjenesteloven § 8–4 til å rådføre seg med brukeren og legge stor vekt på brukeren synspunkter. Ordningen må også ses i lys av sosialtjenestens formål, jf. § 1–1 bokstav b, som er å «... bidra til at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre.»

I punkt 4.2 uttales det:

«Muligheten for å få brukerstyrt personlig assistanse er ikke begrenset til bestemte funksjonshemninger, diagnoser eller liknende så lenge funksjonshemmingen ikke er til hinder for å utøve nødvendig brukerstyring. (...) Brukerstyrt personlig assistanse vil si at brukeren selv fungerer som arbeidsleder for assistentene. Brukeren må kunne definere sine egne behov, lære opp og veilede assistenten i hvordan hjelpen gis, sette opp og følge opp arbeidsplaner og ivareta andre forhold direkte knyttet til tjenesteutøvelsen. Det er også brukeren som bestemmer fordelingen av det timetallet som tilstås av kommunen, se ovenfor. Kravene til arbeidslederfunksjonen innebærer at brukeren bør være myndig.»

Dette utgangspunktet ble noe nyansert ved sosialkomiteens behandling av lovforslaget. I Innst.O. nr. 22 (1999–2000) punkt 2 heter det:

«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Høyre og Senterpartiet, vil peke på at for at ordningen skal kunne fungere, må brukeren selv kunne definere sine behov, lære opp assistenten i hvordan hjelpen bør gis, følge opp arbeidsplaner og være arbeidsleder. Flertallet mener at ut fra arbeidslederfunksjonen bør brukeren som hovedregel være 18 år. Et annet flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Høyre, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti, viser til at unge mennesker også under 18 år har et behov for selvstendighet i forhold til foreldre i forskjellige situasjoner. Dette flertallet er klar over at en slik selvstendighet neppe er mulig dersom ikke foreldrenes bistand kan erstattes av en personlig assistent. Komiteen har merket seg de positive erfaringer som en del unge, også under 18 år, har hatt ved avtaler om brukerstyrt personlig assistanse. Komiteen ber Regjeringen vurdere om man unnaksvis kan gi avtale om brukerstyrt personlig assistanse til yngre brukere dersom dette er det beste for brukeren og dennes foresatte. Komiteen vil peke på at ut fra erfaringer i forsøksperioden skal nærstående personer eller hjelpeverge ikke utelukkes fra å bistå i arbeidslederfunksjonen.»

I brev fra Sosialdepartementet 5. april 2002 til kommuner og fylkesmenn, har departementet funnet grunn til å presisere uttalelsene i rundskriv I-20/2000 kapittel 3 om hvem som kan få brukerstyrt personlig assistanse. I brevet heter det:

«Søknader om brukerstyrt personlig assistanse skal i likhet med andre søknader om sosiale tjenester vurderes individuelt ut fra søkerens behov og forutsetninger. Som uttalt i rundskrivet side 5 kan det ikke stilles noe absolutt krav til hvem som kan få brukerstyrt personlig assistanse. Det avgjørende vurderingstemaet er om dette er den mest hensiktsmessige måten å yte praktisk bistand på i det konkrete tilfellet. Som påpekt i rundskrivet og av sosialkomiteen, må søkeren selv kunne definere sine behov, lære opp assistenten i hvordan hjelpen gis, følge opp arbeidsplaner og være arbeidsleder, jf. Innst.O. nr. 22 (1999–2000) side 4. Departementet vil i tillegg

presisere at nærstående personer eller hjelpeverge ikke skal utelukkes fra å bistå i arbeidslederfunksjonen, jf. Innst.O. nr. 22 (1999–2000) side 4.»

Ut fra lovens ordlyd, forarbeider og etterarbeider, synes det å være en forutsetning at denne ordningen er brukerstyrt; det vil blant annet innebære at man kan definere sine behov og lære opp assistenten i hvordan hjelpen gis. Som fremhevet av komiteen og Sosialdepartementet, skal det ikke utelukkes at andre skal kunne bistå i arbeidslederfunksjonen. Imidlertid kan disse uttalelsene neppe forstås slik at arbeidslederrollen og brukerstyringen fullt ut skal kunne overtas av andre.

I St. meld. nr. 40 (2002–2003), Nedbygging av funksjonshemmende barrierer, fremgår det i punkt 7 blant annet:

«Erfaringene med brukerstyrt personlig assistentordning tilsier at brukerstyring og brukermedvirkning bør kunne nyttes i langt større utstrekning i ulike tjenester som tilbys personer med nedsatt funksjonsevne. Særlig i forhold til familier med barn med omfattende funksjonsnedsettelser, men også innenfor andre grupper, kan det være gode grunner for å organisere den praktiske bistanden som «personlig assistanse» uten at tjenesten er brukerstyrt. Tjenesten kan organiseres og tilbys med større rom for brukermedvirkning i forhold til valg av tjenesteyter, når tjenesten skal gis og hva slags oppgaver som skal prioriteres, enn i tradisjonell tjenesteyting.»

Jeg oppfatter dette som en anbefaling om å utvide ordningen med personlig assistanse til også ikke å være brukerstyrt. Etter sosialtjenesteloven § 4–2 bokstav a, må praktisk bistand kunne organiseres som personlig assistanse uten at den er brukerstyrt. Kommunene kan imidlertid etter gjeldende rett ikke være forpliktet til å tilby en slik ordning.

(...)

Som gjort rede for ovenfor, fremgår det både av lovforarbeidene og av rundskrivet at formålet med ordningen er at den skal være brukerstyrt, eventuelt brukerstyrt med noe bistand. Slik reglene er utformet i dag, er det vanskelig å se at «foreldrestyring» kan overta den pleietrengendes selvstendige ansvar, som har vært ordningens formål.»

30.

Sak om omsorgslønn og veiledningsplikt

(Sak 2004–2715)

Søknad om omsorgslønn tilbake i tid ble avslått, da utgangspunktet er at omsorgslønn innvilges fra søknadstidspunktet. Fylkesmannen kunne ikke se at kommunen kunne klandres for søkerens manglende kunnskaper om omsorgslønnsordningen. Kommunens tilbud om praktisk hjelp var avslått av klageren, og hun måtte også ha et selvstendig ansvar for å

søke informasjon om familiens rettigheter. Klageren anførte at kommunen var orientert om den spesielle situasjonen familien befant seg i etter at mannen fikk hjernesvulst og burde gitt dem veiledning om omsorgslønnsordningen.

Forvaltningen plikter av eget tiltak å orientere aktuelle søkere om de ordningene som er etablert i sosialtjenesteloven og pålegges en særskilt plikt til veiledning overfor enkeltpersoner eller familier kommunen er kjent med er i en situasjon der hjelp kan bli nødvendig. Kommunen må da også orientere om muligheten til å søke om økonomisk støtte i form av omsorgslønn. Når kommunen kan bebreides for manglende veiledning, kan kommunen være nærmest til å ta det økonomiske ansvaret for de problemer en vurdering i ettertid innebærer. Ombudsmannen kunne ikke se at kommunen hadde oppfylt sin veiledningsplikt og ba fylkesmannen ta saken opp til ny vurdering. Det ble også bedt om at fylkesmannen vurderte behovet for å innskjerpe veiledningsplikten overfor kommunene i fylket generelt.

En kvinne søkte 10. november 2003 omsorgslønn for hjelp/pleie av sin mann som 15. september 2002 fikk påvist hjernesvulst og døde 12. november 2003. Søkeren var student ved en lærerhøgskole og opplyste at hun hadde avbrutt studiene for å pleie sin mann. Hun søkte om omsorgslønn fra og med september 2002 og viste til at hun ikke tidligere hadde fått informasjon om muligheten for å søke omsorgslønn.

Fylkesmannen i Nordland stadfestet kommunens avslag på søknad om omsorgslønn.

Søkeren brakte saken inn for ombudsmannen. Hun anførte blant annet at det var urimelig at hun ikke skulle komme i betraktning for omsorgslønnsordningen. Hun viste til at ektemannen hadde vært helt avhengig av hennes hjelp. Hun viste også til at kommunen hadde hatt informasjon om mannens alvorlige helsetilstand fra legejournaler sendt kommunen fra flere sykehus.

Det ble herfra funnet grunn til å undersøke hvordan kommunen hadde oppfylt sin veiledningsplikt. Fylkesmannen ble blant annet bedt opplyse hvilken informasjon om muligheten for å søke om sosiale tjenester – herunder omsorgslønn – som vanligvis gis fra kommunen og om det er fylkesmannens erfaring at pasienter som ikke tidligere har hatt pleietrengende i sin familie, er kjent med omsorgslønnsordningen. Det ble også bedt om kommentarer til den kontakten som hadde vært mellom kommunen og pasienten/ektefellen i saken.

Fylkesmannen viste i sitt svar til at det normalt blir tatt initiativ til et hjemmebesøk fra pleie- og omsorgstjenesten med det formål «å kartlegge hjelpebehovet, komme i dialog med en eventuell bruker og orientere om hva tjenesten kan bidra med av ulike tiltak». Det ble opplyst at det også i dette tilfelle per telefon var tatt kontakt med familien og gitt tilbud

om hjemmebesøk. Det ble også spurt om tjenesten kunne bidra «med smertelindring eller annen form for hjelp». På det tidspunktet ønsket ikke familien praktisk bistand fra pleie- og omsorgstjenesten, som orienterte dem om at de kunne ta kontakt ved en senere anledning hvis behovet for hjelp skulle endre seg. Det tok ca ett år før kommunen mottok henvendelse fra familien, og pleie- og omsorgstjenesten fikk heller ingen henvendelse fra legen. Fylkesmannen vedla også en uttalelse fra kommunen. Kommunen viste til at når en så ressurssterk person, som søkeren ble oppfattet å være, så tydelig hadde gitt beskjed om at hun ikke ønsket bistand, var det ikke naturlig for pleie- og omsorgstjenesten å ta ytterligere kontakt.

Fylkesmannen kunne ikke se at kommunen hadde gitt spesifikk informasjon om muligheten til å søke omsorgslønn. Fylkesmannen drøftet om kommunen ved ikke å orientere om omsorgslønnsordningen, hadde gjort en så alvorlig feil at hovedregelen om bare å yte slik lønn fra søknadstidspunktet måtte fravikes. Fylkesmannen uttrykte forståelse for at familien ikke hadde krefter eller tanker for å søke informasjon om rettigheter i den første tiden etter at diagnosen var stilt, men at det «allikevel ikke ville være unaturlig om hun etter en tid tok kontakt med hjelpeapparatet for å søke informasjon». Det ble vist til at pleie- og omsorgsavdelingen tidligere hadde henvendt seg til familien.

Klageren presiserte at hun fant det urimelig at fordi hun ikke hadde visst om muligheten til å søke omsorgslønn, skulle hun ikke få det. Hadde hun visst om omsorgslønnsordningen tidligere, hadde hun søkt tidligere. Hun stilte seg også uforstående til at kommunen ikke kunne ha foretatt en mer omfattende utredning på det tidspunktet kommunen ble orientert om diagnosen. Hun og hennes mann sa den gangen nei til hjelp til smertelindring, men de ble ikke gitt orientering om muligheten for å søke andre hjelpetiltak.

Jeg bemerket:

«Sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 4–1 lyder:

«Sosialtjenesten skal gi opplysning, råd og veiledning som kan bidra til å løse eller forebygge sosiale problemer. Kan sosialtjenesten ikke selv gi slik hjelp, skal den sørge for at andre gjør det.»

Veiledningsplikten etter denne bestemmelsen suppleres av den alminnelige veiledningsplikten i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 og veiledningsforskriften 16. desember 1977. Forvaltningsorganet skal etter forvaltningsloven § 11 annet ledd av eget tiltak vurdere behovet for veiledning, og når sakens art eller partenes forhold gir grunn til det, gi veiledning etter «gjeldende lover og forskrifter og

vanlig praksis på vedkommende saksområde». Formålet med veiledningsplikten i loven er å gjøre parter og andre berørte i stand til å ivareta sine interesser på best mulig måte.

Forvaltningen plikter således av eget tiltak å orientere aktuelle søkere om de ordningene som er etablert i sosialtjenesteloven – slik at disse kan ivareta sine interesser på best mulig måte. Veiledningen kan gjøres på generell basis, men forvaltningen pålegges en særskilt plikt til veiledning overfor enkeltpersoner eller familier kommunen er kjent med er i en situasjon der hjelp kan bli nødvendig. Når kommunen blir orientert om at en av innbyggerne har fått en diagnose som den foreliggende, må det i det minste foretas slik utredning av saken at kommunen kan gi pasienten og de pårørende den relevante veiledning. Kommunen må da også orientere pasienten og eventuelle pårørende om muligheten til å søke om økonomisk støtte i form av omsorgslønn dersom pårørende overtar oppgaver som ellers ville høre under kommunens tjenestetilbud. Orientering om aktuelle ordninger innebærer ikke at ordningen innvilges, men gir pasienten og pårørende mulighet til å søke. Spørsmålet om omsorgslønn kan da vurderes på en betryggende måte.

Det er på det rene at søkerens ektefelle hadde en diagnose som tilsa et økende pleie- og omsorgsbehov. Kommunen har opplyst at det ved den telefonkontakten som ble tatt, ble tilbudt smertelindring eller annen form for hjelp. Kommunen opplyste således om muligheten for å søke om praktisk bistand, og det ble også oppfordret til senere å ta kontakt dersom behovet skulle endre seg. Det kan imidlertid ikke legges til grunn at kommunen orienterte om muligheten til å søke om økonomisk støtte i form av omsorgslønn. Det er gitt uttrykk for at sykepleierfaglig oppfattet det slik at familien foreløpig ikke ønsket bistand. Kommunen synes således å ha vært kjent med at pasienten ikke var alene, men hadde sin ektefelle som støtte. I en slik situasjon kan det sies å foreligge en ekstra oppfordring til å orientere om muligheten til å søke om støtte i form av omsorgslønn.

Jeg kan på denne bakgrunn vanskelig se at kommunen har oppfylt sin veiledningsplikt overfor pasienten og hans ektefelle. Disse burde vært orientert om muligheten for å søke omsorgslønn etter den kontakten som ble tatt september 2002. Orienteringen kunne vært gitt i en samtale, men som antydning i kommunens brev, kunne det også vært sendt skriftlig informasjon om aktuelle tilbud, herunder skulle det vært orientert om muligheten til å søke støtte i form av omsorgslønn. At pasienten og hans familie kan oppfattes som ressurssterke, endrer ikke dette. I det minste vil det foreligge en plikt til å forvise seg om at familien er kjent med de støtteordningene det kan være aktuelt å søke.

Søknaden om omsorgslønn er ikke realitetsbehandlet av kommunen under henvisning til at den er

fremstatt ettertidig. Fylkesmannen valgte å se bort fra dette da klagen ble mottatt i mars 2004 og viste til at resultatet ville blitt det samme og en tilbakesendelse av saken for ny vurdering bare ville forsinket avgjørelsen ytterligere.

På bakgrunn av min konklusjon om at det foreligger brudd på veiledningsplikten, må jeg be om at fylkesmannen tar saken opp til ny vurdering.

En søknad fremsatt i ettertid kan vanskeliggjøre en vurdering av hvilke tjenester som ville være mest hensiktsmessig – herunder om ektefellens bistand burde vært betalt med omsorgslønn. Jeg finner derfor grunn til å påpeke at når kommunen kan bebreides for manglende veiledning, må det også vurderes om ikke kommunen er den nærmeste til å ta det økonomiske ansvaret for de problemer en vurdering i ettertid innebærer.

Det fremgår av kommunens brev til fylkesmannen at kommunen nå har innskjerpet sine rutiner for veiledning. Jeg ber om at fylkesmannen vurderer behovet for å innskjerpe veiledningsplikten overfor kommunene i fylket generelt.

Ombudsmannen bes orientert om fylkesmannens oppfølging.»

31.

Saksbehandlingen i sak om ektefellebidrag – spørsmål om inhabilitet ved klageinstansens behandling

(Sak 2004–1334)

Spørsmål om det forelå inhabilitet ved Rikstrygdeverkets behandling av klage over fylkestrygdekonto- rets vedtak om ektefellebidrag, fordi Rikstrygdever- ket hadde gitt fylkestrygdekonto- ret instruks vedrø- rende vedtaket.

Ombudsmannen anmodet Rikstrygdeverket om å besørge ny behandling av klagesaken, av et annet forvaltningsorgan. Klagen ble deretter gjenstand for fornyet behandling i Barne- og familiedepartemen- tet.

Fylkesmannen traff i 1990 vedtak om at klageren A skulle betale ektefellebidrag til sin fraseparerte ektefelle med kr 2.500 per måned. Det var angitt i vedtaket at «(E)ktefellebidraget er ment som en støt- teordning i en overgangstid og kan ikke påregnes å bli en permanent ordning.»

I 1999 traff fylkestrygdekonto- ret vedtak om at bidraget skulle opphøre med virkning fra 1. januar 2000. Saken ble brakt inn for Rikstrygdeverket, som ikke fant at fylkestrygdekonto- rets vedtak kunne be- tegnes som ugyldig og fant dermed ikke grunnlag for omgjøring.

Deretter anla bidragsmottakeren søksmål mot klageren, men søksmålet ble avvist av retten, da ikke begge parter hadde samtykket i domstolsbehandling, jf. ekteskapsloven § 84.

Bidragsmottakeren anla så søksmål mot staten ved Rikstrygdeverket, med påstand om at fylke- trygdekonto- rets vedtak skulle kjennes ugyldig. Etter avtale mellom partene ble saken stanset, jf. tviste- målsloven § 105, under forutsetning av at klageved- taket ble vurdert på nytt.

Rikstrygdeverket anmodet deretter fylkestrygde- konto- ret om å foreta en fornyet vurdering av sitt vedtak. Rikstrygdeverket uttalte i brev til fylkestryg- dekonto- ret blant annet:

«Stansningen har sin bakgrunn i at Rikstryg- deverket ved en fornyet gjennomgang kom i tvil om kravet til «særlige grunner» i ekteskapsl. § 84 er oppfylt. Vi viser til at tiden i seg selv ikke er en særlig grunn. Videre er det hovedregelen ved langvarig ekteskap, og særlig der det er fel- lesbarn, at bidrag skal fastsettes uten tidsbe- grensning.

I en fornyet gjennomgang vil det være et sen- tralt moment om det er endringer av betydning i de faktiske forholdene omkring partenes økono- mi.»

Fylkestrygdekonto- ret fastholdt sitt vedtak og viste i brev til Rikstrygdeverket til at ektefellebidrags- saker i utpreget grad er saker av skjønnsmessig ka- rakter og at vedtaket ikke kunne anses ugyldig etter forvaltningsloven § 35.

I et oppfølgende brev til fylkestrygdekonto- ret fremholdt Rikstrygdeverket at konto- ret ikke hadde foretatt en fornyet gjennomgang slik Rikstrygdever- ket hadde bedt om på grunn av saksanlegget. Riks- trygdeverket uttalte dessuten blant annet:

«På denne bakgrunn burde det fremstå som rimelig klart at Rikstrygdeverket er av den opp- fatningen at fylkestrygdekonto- rets klagevedtak, slik dette var begrunnet, stod i fare for å bli opp- hevet dersom det ble underlagt legalitetskontroll ved domstolsbehandling.

I den videre behandlingen må fylkestrygde- konto- ret avklare om det er endrede faktiske for- hold som kan begrunne avgjørelsen om opphør av bidraget. Den begrunnelsen som opprinnelig ble gitt er etter Rikstrygdeverkets oppfatning ik- ke tilstrekkelig. *Med mindre det kan påvises andre grunnlag enn det som hittil har vært an- ført, må klagevedtaket da oppheves som ugyldig.* Vi finner i denne sammenheng grunn til å under- streke at tiden i seg selv ikke er en særlig grunn. Det er, slik Rikstrygdeverket ser det, heller ingen særlig grunn at fylkesmannen i det opprinnelige vedtaket uttalte at ordningen ikke kan påregnes å bli varig. Det er på det rene at dette ikke gjør vedtaket tidsbegrenset.»

Deretter opphevet fylkestrygdekonto- ret sitt ved- tak fra 1999 som ugyldig og fastsatte at ektefellebi- draget skulle fortsette å løpe.

I klage fra klagerens advokat ble det anført at Rikstrygdeverket hadde tilsidesatt forvaltningsretts- lige regler og «gått utover rammen for sin instruk- sjonsmyndighet ved å vekke til live realitetsbehand- ling av et endelig vedtak hvor klageadgangen er ut- tømt.»

I Rikstrygdeverkets vedtak i 2002 ble fylkestrygdekontorets vedtak stadfestet, men med endret virkningstidspunkt. For så vidt gjaldt spørsmålet om instruksjonsmyndighet, uttalte Rikstrygdeverket følgende:

«Når det gjelder Rikstrygdeverkets instruksjonsmyndighet følger denne av at Rikstrygdeverket er overordnet instans i forhold til fylkestrygdekontorene.

I den aktuelle saken instruerte Rikstrygdeverket fylkestrygdekontoret om å ta opp igjen saken da det var tvil om kravet til «særlige grunner» i ekteskapsloven var oppfylt. Det ble presisert at tiden i seg selv ikke var å anse som en særlig grunn. Fylkestrygdekontoret ble her ikke instruert om å fatte et vedtak med et bestemt innhold, men om å tolke loven på en bestemt måte.»

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen, med spørsmål om den saksbehandling som hadde funnet sted var i samsvar med forvaltningsrettslige regler.

I brev herfra til Rikstrygdeverket ble det vist til at dette i sitt oppfølgende brev til fylkestrygdekontoret hadde uttalt at «(M)ed mindre det kan påvises andre grunnlag enn det som hittil har vært anført, må klagevedtaket da oppheves som ugyldig», og at det i sitt vedtak hadde uttalt at «(F)ylkestrygdekontoret ble her ikke instruert om å fatte et vedtak med et bestemt innhold, men om å tolke loven på en bestemt måte». Rikstrygdeverket ble bedt om å redegjøre for hva som mentes med den sistnevnte uttalelsen, sett i lys av den førstnevnte. Videre ble det bedt opplyst om Rikstrygdeverket hadde vurdert hvorvidt det selv burde opptre som klageorgan, og om det ble vurdert å overføre behandlingen av klagesaken til et annet forvaltningsorgan, for eksempel vedkommande fagdepartement (Barne- og familiedepartementet). Rikstrygdeverket ble dessuten anmodet om å redegjøre for om den saksbehandling som har funnet sted i klagesaken, tilsa at klagen burde behandles på nytt, og om en ny behandling i så fall bør finne sted i fagdepartementet.

I sitt svar bemerket Rikstrygdeverket til spørsmålet om hvorvidt det var gitt instruks om å fatte vedtak med et bestemt innhold, at uttalelsene måtte ses i den sammenheng de ble gitt. Det var fremdeles Rikstrygdeverkets oppfatning at dets uttalelse i vedtaksbrevet, om at fylkestrygdekontoret ikke ble «instruert om å fatte et vedtak med et bestemt innhold, men om å tolke loven på en bestemt måte», var dekkende. Sett i sammenheng hadde Rikstrygdeverket i det oppfølgende brevet til fylkestrygdekontoret gitt en generell fortolkning av det materielle innholdet i ekteskapsloven § 84, om at et vedtak kan endres eller oppheves «dersom særlige grunner foreligger». Det var vanskelig å se at fylkestrygdekontoret i sitt vedtak klart hadde gitt uttrykk for hvilke «særlige grunner», som ble ansett for å foreligge, og derved om vilkårene for endring eller opphevelse av bi-

draget var oppfylt. Rikstrygdeverket konkluderte med at det ikke hadde vært gitt «instruks til fylkestrygdekontoret som kommer i konflikt med prinsippet om at det skal være en *reell* behandling i to instanser».

For så vidt gjaldt spørsmålet om Rikstrygdeverket hadde vurdert hvorvidt det selv burde opptre som klageorgan, og om det ble vurdert å overføre behandlingen av klagesaken til et annet forvaltningsorgan, uttalte Rikstrygdeverket:

«Til dette vil vi bemerke, at uttalelsene i vårt brev av 11. september 2001, ble formulert ut fra den forutsetning at dette var en potensiell klagesak, der Rikstrygdeverket ville bli klageinstans dersom fylkestrygdekontoret omgjorde sitt eget vedtak. Vurderingen av om Barne- og familiedepartementet burde behandle klagen, var således gjort i forkant.»

Til spørsmålet om klagen bør behandles på nytt, og om ny behandling i så fall burde finne sted i fagdepartementet, uttalte Rikstrygdeverket:

«Som det fremgår av det som er sagt ovenfor, er det Rikstrygdeverkets syn at klagen ikke bør behandles på nytt, og da eventuelt av departementet. Dette har en faglig begrunnelse. I tillegg vil det, i forhold til bidragsberettigede, være problematisk, nesten to år etter at Rikstrygdeverket fattet sitt klagevedtak, å behandle dette videre som en klagesak.»

Klageren fastholdt sine tidligere anførsler om at saken ikke var blitt korrekt behandlet.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Instruksjonsmyndighet

Det følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler om instruksjonsmyndighet at det organ som er klageinstans, som regel har instruksjonsmyndighet overfor sine underinstanser, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett (7. utgave) s. 123. Det er således på det rene at Rikstrygdeverket, som overordnet klageorgan, har rettslig adgang til å utøve instruksjonsmyndighet overfor trygdekontorene og fylkestrygdekontorene.

Fylkestrygdekontoret hadde adgang til å omgjøre sitt tidligere vedtak om opphør av bidragsplikten, dersom dette vedtaket måtte anses som ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Dette var da et vedtak i første instans, slik at Rikstrygdeverket var å anse som klageinstans, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. Videre er det ikke tvilsomt at Rikstrygdeverket hadde adgang til å utøve instruksjonsmyndighet overfor fylkestrygdekontoret i omgjørings-saken.

I Rikstrygdeverkets brev 6. april 2001 og særlig i brevet 11. september 2001 ble det gitt instruks til fylkestrygdekontoret om behandlingen av saken. Rikstrygdeverket hevder at fylkestrygdekontoret ik-

ke ble «instruert om å fatte et vedtak med et bestemt innhold, men om å tolke loven på en bestemt måte». Jeg er uenig i at brevet bare bestod i en retningslinje om hva som ligger i ekteskapslovens uttrykk «særlige grunner». Både sakens forhistorie og Rikstrygdeverkets formuleringer i brevet til fylkestrygdekontoret gjør at dette samlet sett fremstår som forholdsvis klare føringer for vedtakets innhold. Fra sakens forhistorie vil jeg vise til at Rikstrygdeverket tidligere (i brev 16. februar 2000) hadde gitt uttrykk for at fylkestrygdekontorets vedtak ikke var ugyldig. Etter at det ble lovet en ny gjennomgang av saken, i forbindelse med søksmålet, opprettholdt fylkestrygdekontoret vedtaket. Rikstrygdeverket uttalte til dette at fylkestrygdekontoret ikke hadde foretatt en slik fornyet gjennomgang som Rikstrygdeverket hadde bedt om og videre at klagevedtaket måtte oppheves som ugyldig, med mindre det kunne påvises andre grunnlag enn de som tidligere var anført. I dette må sies å ligge vesentlig mer enn en generell retningslinje for rettsanvendelsen.

2. Habilitet

Selv om klageorganet har en adgang til å instruere underinstansen, må det være en grense for hvilke føringer som kan gis, hvis det samme organet skal behandle klagen. Det kan oppstå situasjoner hvor klageorganet ikke bør behandle saken på grunn av fortgående utøvelse av instruksjonsmyndighet og derfor bør overlate klagebehandlingen til et annet forvaltningsorgan. Det vises her til Eckhoff og Smith op. cit. s. 124–125, hvor det uttales følgende:

«Klageretten blir illusorisk når det overordnede organ har instruert om hva avgjørelsen skal gå ut på. Det har jo da tatt standpunkt på forhånd og kan ikke ventes å komme til noe annet resultat som klageinstans. Hensynet til at det bør være mulighet for reell behandling i to instanser, har neppe så stor vekt at adgangen til å gi instruksjoner om enkeltavgjørelser må anses for å være avskåret.»

Det vises også til Arvid Frihagen: Forvaltningsloven (2. utgave 1986) s. 635.

Jeg har i tidligere saker uttalt at klageinstansen hadde engasjert seg i saken på en slik måte at det kunne være vanskelig å håndtere saken som klagesak, se sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1998 s. 71 og sak inntatt i årsmeldingen for 2003 s. 267. Begge sakene gjaldt hvorvidt fylkesmannen som klageinstans etter plan- og bygningsloven var inhabil etter ulovfestede forvaltningsprinsipper. I den førstnevnte saken hadde fylkesmannen opphevet kommunens vedtak om å tillate oppføring av en bolig. Jeg kritiserte at det ikke ble oppnevnt settefylkesmann på bakgrunn av at det samme fylkesmannsembetets miljøvernavdeling tidligere hadde påklaget

kommunens vedtak for senere å erstatte klagen med en tilråding og en anmodning om omgjøring. I den saken uttalte jeg om habilitet:

«Forvaltningsloven av 10. februar 1967 § 6 har regler om inhabilitet. Bestemmelsen gjelder tjenestemenn, dvs. personer. I denne saken er det ikke fremsatt anførsler om at fylkesmannen selv eller noen tjenestemenn ved fylkesmannsembetet i Vestfold har hatt noen slik dobbeltrolle som § 6 omhandler. Det kan derfor ikke sies å foreligge inhabilitet hos noen bestemte tjenestemenn.

Imidlertid kan det tenkes situasjoner hvor et forvaltningsorgan på grunn av sin særskilte stilling eller interesse i saken bør overlate en sak til annet organ. Hjemmelen for dette må søkes i ulovfestede prinsipper.»

Sentralt ved de lovfestede habilitetsreglene er om det foreligger forhold som er egnet til å svekke tilliten til en upartisk saksbehandling (noe som direkte kommer til uttrykk i forvaltningsloven § 6 annet ledd). Det er ikke spørsmål om vedkommende faktisk er i stand til å foreta en upartisk vurdering. De samme betraktninger gjør seg gjeldende ved vurderingen av om klageorganet bør behandle en sak hvor organet på forhånd har instruert underinstansen.

Jeg kan derfor ikke se at det får betydning for habilitetsvurderingen her at Rikstrygdeverket ved utarbeidelsen av sitt brev 11. september 2001 til fylkestrygdekontoret forutså at dette kunne bli en klagesak og allerede da vurderte seg som habile ved en eventuell klagebehandling. Etter min mening må formuleringene og innholdet i instruksjonen være det avgjørende. Som nevnt finner jeg at det ble gitt klare føringer fra Rikstrygdeverket om innholdet i det vedtaket som fylkestrygdekontoret skulle treffe. Jeg mener at dette var egnet til å svekke tilliten til at Rikstrygdeverket kunne foreta en ny og uhildet vurdering av klagesaken.

I den foreliggende sak er forholdet dessuten at den har vært behandlet av samme saksbehandler i Rikstrygdeverket i forbindelse med de to instruksjonsbrevene til fylkestrygdekontoret henholdsvis 6. april og 11. september 2001, og klagevedtaket 21. juni 2002. Brevet 6. april 2001 er undertegnet av saksbehandleren og en fungerende kontorsjef. Brevet 11. september 2001 er undertegnet av den samme fungerende kontorsjef og en fungerende avdelingsdirektør. Vedtaket 21. juni 2002 er undertegnet av den samme fungerende avdelingsdirektøren, nå som kontorsjef, og saksbehandleren. De to sistnevnte har således deltatt i sakens behandling både ved å gi instruks om det vedtaket som fylkestrygdekontoret skulle treffe, og ved å behandle klagen over fylkestrygdekontorets vedtak.

Selv om inhabilitetsreglene, jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd, ikke uten videre er til hinder for at samme tjenestemann deltar ved behandlingen av en sak både i første instans og i klageinstansen, er dette

et forhold som kan føre til at parten ikke fullt ut får den betryggelse at saken er behandlet helt på nytt. Man bør derfor unngå dette, for å sikre saken en ny og uavhengig klagebehandling. I Arvid Frihagen: Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) s. 320–322, vises blant annet til en uttalelse fra ombudsmannen inntatt i årsmeldingen for 1965 s. 76. I den saken var forholdet at trygdekassen ved behandlingen av en klage over avslag på skogsarbeiderpensjon, hadde innhentet uttalelse fra Rikstrygdeverket før den traff sin avgjørelse. I begrunnelsen for avslaget viste trygdekassen til at Rikstrygdeverket var enig i det standpunkt som var tatt. Vedtaket ble påanket til Rikstrygdeverket, hvor det ble behandlet av et særskilt ankekontor, som forkastet anken. Ombudsmannen (Andreas Schei) uttalte her at selv om Rikstrygdeverket så langt det er mulig, sørger for at den som har behandlet en forespørsel fra en trygdekasse, ikke senere behandler den samme saken som ankesak, var ordningen uheldig.

3. Konklusjon

Av hensyn til tilliten til klageinstansens upartiskhet og nøytralitet, er jeg kommet til at Rikstrygdeverket burde ha overført behandlingen av klagesaken til et annet forvaltningsorgan. Det kan etter min oppfatning ikke utelukkes at denne saksbehandlingsfeilen har virket inn på Rikstrygdeverkets vedtak, jf. forvaltningsloven § 41.

Jeg vil etter dette anmode Rikstrygdeverket om å besørge en ny behandling av klagesaken. Behandlingen bør gjøres av et annet forvaltningsorgan enn Rikstrygdeverket, f. eks. Barne- og familiedepartementet. Hensynet til bidragsmottakeren eller den tiden som har gått siden Rikstrygdeverkets vedtak 21. juni 2002, bør etter min oppfatning ikke være til hinder for en slik fornyet behandling, særlig fordi det her gjelder en løpende ytelse.

Jeg ber om å bli holdt orientert om Rikstrygdeverkets oppfølging av saken.»

I brev 5. oktober 2004 til klageren meddelte Barne- og familiedepartementet at det hadde mottatt saken fra Rikstrygdeverket, og at klagen over fylkestyngdekontorets vedtak 23. oktober 2001 ville bli gjenstand for fornyet behandling i departementet.

32.

Barnebidrag. Spørsmål om anvendelse av gamle eller nye regler ved bidragsfastsettingen. Spørsmål om norsk eller spansk jurisdiksjon ved krav om endring av bidraget

(Sak 2004–1548)

Saken gjaldt spørsmålet om nye regler for barnebidrag, som trådte i kraft 1. oktober 2003, fikk anvendelse i en klagesak hvor førsteinstansen hadde truffet vedtak før nevnte dato og klageinstansen etter denne datoen. Videre gjaldt saken spørsmål om bidragspliktige, bosatt i Norge, i henhold til Lugano-konvensjonen kunne få behandlet søknad om endring av bidraget av norske myndigheter, eller om søknaden måtte fremmes i bidragsmottakerens bostedsland, Spania.

Ombudsmannen fant ikke grunnlag for rettslig kritikk mot vedtakene i saken.

Ombudsmannen tok klagen opp til nærmere undersøkelse, og saken ble forelagt Rikstrygdeverket.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Hvilke regler skal anvendes ved bidragsfastsettelsen?»

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven) fikk 15. juni 2001 tilføyd § 54 a, med nye regler om «offentleg utmåling av fostringstilskot». De nye reglene bygger på en såkalt «kostnadsmodell», slik at bidraget fastsettes ved at utgiftene til underhold fordeles forholdsmessig mellom foreldrene etter deres inntekter. Bidraget skal prøves mot den bidragspliktiges bidragsevne og deretter reduseres for utgiftene under den bidragspliktiges avtalte/fastsatte samvær med barnet. Dette innebærer en grunnleggende endring i forhold til det tidligere regelverket, som foreskrev at bidraget skulle beregnes ut fra en prosentats av den bidragspliktiges inntekt («prosentmodellen»). Ved lov 20. juni 2003 nr. 40 ble barnelovens bestemmelser om bidragsplikt flyttet fra kapittel 7 til kapittel 8, og de nye reglene om utmåling av bidrag ble inntatt i § 71.

Ved kgl. res. 31. januar 2003 ble det bestemt at de nye reglene «skal gjelde fra 1. oktober 2003». Ifølge barneloven § 71 kan departementet «ved forskrift gje utfyllende reglar om utmåling av fostringstilskot etter lova her». Slike regler har Barne- og familiedepartementet gitt ved forskrift 15. januar 2003 nr. 123. Forskriften har i § 14 følgende bestemmelse om ikrafttredelse: «Denne forskrifta tek til å gjelde frå 1. oktober 2003. Frå same tid blir forskrift av 20. mars 1989 nr. 785 om fastsetjing og endring av fostringstilskot oppheva».

Med hjemmel i barneloven § 71 og § 74 ga Barne- og familiedepartementet forskrift 15. januar 2003 nr. 119 om overgangsreglar i samband med nye reglar om fastsetjing av fostringstilskot. I hø-

ringsnotat 16. april 2002 vedrørende utkast til forskriften, bemerket departementet blant annet til utkastets § 1 om offentlig fastsettelse av barnebidrag:

«Det kan oppstå situasjoner hvor man etter ikrafttredelsestidspunktet får inn klager over vedtak som er fattet før det nye regelverket trer i kraft. Siden det påklagede vedtaket er fattet i henhold til gammelt regelverk, foreslår departementet at også klagen må behandles etter det gamle regelverket. Dersom partene ønsker at de nye reglene skal anvendes, vil de også i disse tilfellene ha mulighet til å kreve endring av bidraget på vanlig måte. Endringssak vil da bli behandlet etter nye regler.»

Dette forslaget fra departementet er fulgt opp av RTV i rundskriv «Hovednr. 55 Nr. 2 – Ikrafttredelsesregler», hvor det uttales følgende om spørsmålet:

«Klager over vedtak som er avgjort etter tidligere regelverk.

Dersom et vedtak er truffet i medhold av det tidligere regelverket, skal også klagen behandles etter dette regelverket i og med at det gjelder et vedtak med virkning før ikrafttredelsestidspunktet. Dersom partene i et slikt tilfelle ønsker at de nye reglene skal anvendes i forbindelse med klagebehandlingen, vil ikke dette kunne imøtekommes. I stedet må de kreve endring av bidraget.»

Verken kgl. res. 31. januar 2003 eller Barne- og familiedepartementets forskrift 15. januar 2003 nr. 123 § 14 gir klart uttrykk for om de nye reglene om utmåling av bidrag får anvendelse på et tilfelle som dette, hvor vedtak i første instans er truffet før 1. oktober 2003 og vedtak i klageinstansen treffes etter denne dato. Det er imidlertid gitt retningslinjer om dette i RTVs rundskriv (sikkert foran), bygget på departementets uttalelse i høringsnotatet. Reelle hensyn må sies å tale for den løsningen som rundskrivet gir anvisning på. Som RTV viser til, ville det i realiteten innebære en førstegangsfastsettelse i klageinstansen, dersom RTV skulle beregne bidraget etter de nye reglene. Klageretten for denne fastsettelsen ville i så fall bli avskåret. Vedtak etter de nye reglene må derfor først treffes av førsteinstansen. Dette må gjelde også i denne saken, selv om det i henhold til Luganokonvensjonen innebærer at bidragspliktinges krav om endring av bidraget, i henhold til de nye reglene, må fremsettes overfor spanske myndigheter, jf. nedenfor.

2. Skal norske eller spanske myndigheter avgjøre krav om endring av barnebidraget?

Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 16. september 1988 (Luganokonvensjonen), som både Spania og Norge har ratifisert, er gjort til norsk lov ved lov 8. januar 1993 nr. 21. Konvensjonens artikkel 2 har følgende alminnelige bestemmelser om vernetingsregler:

«Med forbehold for hva som ellers måtte følge av reglene i Konvensjonen her, skal personer med bosted i en Konvensjonstat uansett statsborgerskap saksøkes ved domstolene i bostedstaten.

Personer som ikke er statsborgere av den stat der de har sitt bosted, skal være underlagt de samme vernetingsregler som denne stats egne statsborgere.»

Konvensjonens artikkel 5 (2) har følgende særlige vernetingsregler:

«En person som har bosted i en Konvensjonstat kan saksøkes [---] i saker om underholdsplikt, ved domstolen for det sted der den bidragsberettigete har sitt bosted eller faste opphold, eller dersom spørsmålet om underholdsplikt avgjøres i en ekteskaps- eller farskaps sak eller en sak om personlig status, ved den domstol som ifølge sin egen lovgivning har kompetanse i saken, unntatt når kompetansen bare grunner seg på statsborgerskapet til en av partene.»

Det følger av artikkel V a i Protokoll nr. 1 til Luganokonvensjonen at uttrykket «domstol» også omfatter blant annet norske forvaltningsorganer.

I denne saken er både bidragsmottakeren og barna bosatt i Spania. Jeg er enig med RTV i at det da følger av Luganokonvensjonen at klagerens krav om endring av bidraget må fremsettes overfor og avgjøres av spanske myndigheter. Jeg kan ikke være enig med klagerens advokat når det hevdes at bidragsmottakeren har valgt vernetingsregler i Norge med virkning for klagerens senere krav om endring av bidraget, da en slik rettsanvendelse ikke har forankring i konvensjonens ordlyd.

Jeg kan heller ikke være enig i anførselen om at det ved fortolkningen av konvensjonen må skilles mellom et hovedkrav om at det foreligger bidragsplikt og et «underordnet» krav vedrørende størrelsen av plikten. Regelen om hovedsakens vernetingsregler i konvensjonens artikkel 5 (2) in fine kommer ikke til anvendelse i denne saken, fordi spørsmålet om endring av bidragsplikten ikke «avgjøres i en ekteskaps- eller farskaps sak eller en sak om personlig status». Jeg viser her til uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling i brev 23. september 2002 til Sosialdepartementet, som gjaldt en parallell sak. Denne uttalelsen har RTV vist til i sitt vedtak 11. mai 2004.

Klagerens advokat har dessuten anført at norske myndigheter, ut fra en analogisk anvendelse av reglene om endring av vedtak av eget tiltak, hadde adgang til å behandle kravet om endring av bidraget. Slik endring vil være betinget av at RTVs vedtak 23. januar 2004 er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Som det vil fremgå av mine bemerkninger under punkt 1 foran, har jeg ikke funnet holdepunkter for at dette er tilfelle.

3. Konklusjon

På denne bakgrunn finner jeg ikke grunnlag for rettslig kritikk mot de vedtak som er truffet i saken.»

33.

Fastsetting av barnebidrag for selvstendig næringsdrivende

(Sak 2004–1645)

Saken gjelder fastsetting av barnebidrag der den bidragspliktige starter opp næringsvirksomhet. Etter en oppstartperiode på to år mente fylkestrygdekonto- ret at bidraget skulle beregnes ut fra det inntekts- nivået han måtte forventes å kunne ha og ikke ut fra faktisk inntekt.

Ombudsmannen kritiserte at fylkestrygdekonto- ret ikke hadde foretatt den konkrete vurderingen som bidragsforskriften ga anvisning på, og ba om ny behandling av saken. Ved fylkestrygdekonto- rets fornyede behandling ble bidraget redusert.

A er bidragspliktig for to barn. Ved Fylkestryg- dekontoret i Opplands vedtak 2. juli 1998 ble bidra- get fastsatt til kr 300,- pr. mnd. pr. barn. Trygdekon- toret hadde fastsatt et høyere bidrag, men etter klage fra A la fylkestrygdekonto- ret til grunn at han hadde rimelig grunn til å ha lavere inntekt, idet han drev næringsvirksomhet i en oppstartfase.

Trygdekontoret varslet 12. desember 2002 bi- dragsmottaker og A om at bidragsaken ville bli tatt opp til vurdering med sikte på forhøyelse av bidra- get. Trygdekontoret fastsatte 3. januar 2003 bidraget til kr 1.740,- pr. mnd. pr. barn. Det ble lagt til grunn en samlet personinntekt på kr 260.268,-.

Etter As klage stadfestet Fylkestrygdekonto- ret i Akershus vedtaket 24. juli 2003. I vedtaket het det bl.a. følgende:

«Det sees at ved siste fastsettelse av bidrag i vedtak fra fylkestrygdekonto- ret i Oppland 2. juli ble det akseptert at bidragspliktige hadde en ri- melig grunn for lav inntekt i forhold til evnen. Dette på bakgrunn av oppstart av enkeltmanns- firma. Imidlertid sees nå at inntektene som selv- stendig næringsdrivende fra 1998 til i dag har gitt vedvarende lav inntjening, bortsett fra inn- tektsåret 2001. I henhold til retningslinjer utar- beidet av Rikstrygdeverket i samråd med Barne- og familiedepartementet kan det ikke aksepteres vedvarende lav inntjening. Med vedvarende men- nes mer enn 2 år. Med andre ord, i dette tilfellet er det evneprinsippet som legges til grunn for ut- måling av bidragets størrelse og ikke den faktis- ke inntekten».

I klagen hit hevdet A at 2001-inntekten ikke kun- ne brukes som beregningsgrunnlag, da den var spesi- elt høy.

Da Fylkestrygdekonto- ret i Akershus hadde uttalt at det i en «oppstartperiode» på to år kunne aksep- teres at bidraget ble beregnet ut fra en lavere inntekt enn den A etter forholdene måtte antas å kunne opp- nå, ble det herfra spurt om grunnlaget for å standar- disere skjønnsstemaet slik.

Fylkestrygdekonto- ret opplyste at tidsaspektet på inntil to år følger av praksis utledet av rimelighets-

vurderingen i forskriften § 4 bokstav h. Denne prak- sis var imidlertid ikke kommet til uttrykk i noe rund- skriv e.l.

A kom etter dette tilbake til saken, og understre- ket at markedssituasjonen var slik at han rent faktisk ikke hadde mulighet til å oppebære større inntekter enn de han hadde oppgitt. Fylkestrygdekonto- ret hadde ikke ytterligere merknader til saken.

I min uttalelse hadde jeg blant annet disse merknadene:*«1. Innledning*

Etter barneloven 8. april 1981 nr. 7 § 51 har begge foreldrene plikt til å bære utgiftene til forsørging av barna. Det følger av barneloven § 52 første ledd at den forelderen som ikke bor sammen med barnet, skal betale løpende bidrag til barnets underhold.

2. Spørsmål om skjønnsmessig fastsetting etter forskriften § 4 bokstav h

Beregningen av bidraget skal skje i samsvar med barneloven § 54. Etter barneloven § 54 siste ledd kan departementet ved forskrift gi utfyllende regler om utmåling av barnebidrag. Disse reglene ble end- ret med virkning fra 1. oktober 2003. Denne saken gjelder utmåling av bidraget etter tidligere forskrift om fastsetjing og endring av fostringstilskot 20. mars 1989 nr. 785 (opphevet ved forskrift 15. januar 2003 nr. 123).

Etter forskriften § 2 første ledd er hovedregelen at bidraget beregnes ut fra den bidragspliktiges per- soninntekt. Det er gjort unntak fra dette i forskriften § 4, og § 4 bokstav h lyder slik:

«Tilskot skal likevel reknast etter skjønn der- som:

[...]

h. den tilskotspliktige er utan inntekt, eller inntekta er vesentleg lågare enn det han eller ho utifrå utdanning og evner burde kunne oppnå, ut- an at den tilskotspliktige kan gje ein rimeleg grunn til at han eller ho ikkje har inntekt eller at inntekta ikkje er høgare.»

Fylkestrygdekonto- ret har så vel i vedtaket som i svaret på foreleggelsen herfra, lagt til grunn at det ved oppstart av egen næringsvirksomhet aksepteres en viss periode der inntjeningen er lavere enn det som kan forventes, men derimot ikke en «vedvaren- de» lav inntjening. Det er nå opplyst at de omtalte retningslinjene om at det med «vedvarende» menes inntil to år, følger av praksis og at de ikke er nedfelt skriftlig.

Jeg forstår bestemmelsen i forskriften § 4 bok- stav h slik at den primært tar sikte på å omfatte de tilfeller der den bidragspliktige frivillig tar et dårli- gere avlønnet arbeid, eventuelt utøver næringsvirk- somhet med et dårligere økonomisk utbytte, enn det han etter utdanning og evner kunne oppnå i annet ar-

beid. Den som starter opp næringsvirksomhet, kan etter omstendighetene ha rimelig grunn for at faktisk inntekt i en periode er lavere enn det inntektsevnen tilsier. De uttrykkene bestemmelsen bruker, gir imidlertid anvisning på en utpreget skjønnsmessig vurdering, og det bør utvises varsomhet med å praktisere en standardisert «oppstartsfase» på to år. Det sentrale i vurderingen må være om bidragspliktige utnytter sin inntektsevne, og det må det gjøres en konkret vurdering av. Det er grunn til å presisere at § 4 er en unntaksbestemmelse, og anvendelsen av den må begrunnes.

Jeg kan vanskelig se at det er foretatt en slik konkret vurdering av bidragspliktiges inntektsevne i denne saken. Det er vist til den faste praksisen om to års oppstartsfase og i generelle vendinger vist til hans utdanning og arbeidserfaring. Det må vurderes konkret om den bidragspliktige i praksis har mulighet til å skaffe bedre avlønnet arbeid enn den næringsvirksomheten han driver.

Da det ikke er foretatt en slik konkret vurdering som forskriften krever, bør bidragsmyndighetene vurdere saken på nytt.

3. Inntekten på vedtakstidspunktet

[...]

4. Konklusjon

Jeg ber om at bidragsmyndighetene behandler saken på nytt og minner i den forbindelse om at bidragsmottakerens uttalelse må søkes innhentet. Hun har ikke vært part i ombudsmannssaken.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den fornyede behandlingen, ved oversendelse av kopi av brev til klageren».

Fylkestrygdekontoret behandlet saken på nytt og satte As bidrag ned til kr 930,- pr. barn.

34.

Saksbehandling ved klage – bidragsmyndighetenes adgang til å gå utenfor partenes påstander

(Sak 2004–2654)

As klage over trygdekontorets fastsetting av barnebidrag medførte at trygdekontoret omgjorde vedtaket til As ugunst på ett punkt og fastholdt for øvrig vedtaket. Saken ble etter dette ikke klagebehandlet av fylkestrygdekontoret.

Ombudsmannen uttalte at et nytt vedtak i klagesak ikke kan lede til at bidragspliktiges opprinnelige klage bortfaller, når han som her ikke fikk medhold på noen punkter og bidraget i tillegg for en periode ble endret til hans ugunst.

A klaget hit over at Fylkestrygdekontoret i Hordaland ved behandling av klage i bidrags sak, ikke hadde behandlet alle deler av klagen.

Trygdekontoret fattet et vedtak om fastsetting av bidrag for As sønn, og et vedtak om at bidraget skulle innkreves av Trygdeetatens innkrevingsentral. A påklaget begge vedtakene. Trygdekontoret omgjorde vedtaket om fastsetting av bidrag til As ugunst på ett punkt og fastholdt for øvrig sine tidligere vurderinger. Vedtaket om innkreving via innkrevingsentralen ble opprettholdt, og A ble orientert om oversendelsen av denne saken til fylkestrygdekontoret. A skrev etter dette til fylkestrygdekontoret, og opplyste blant annet:

«Videre skal det være rett å legge lønnslipp for perioden til grunn for bidragsfastsetting i perioden 1.7.-31.9. få. Endelig har jeg forhåpning om at klagebehandling vil legge til grunn høyesterett sin lovanvendelse mht. omsorg og samvær og fastsette bidraget iht barneloven § 44a-2.ledd for perioden etter 1.10. få slik at hinder av samvær ikke premieres med økonomisk gevinst.»

Fylkestrygdekontoret i Hordaland ble herfra bedt om å redegjøre for hvorfor As klage over fastsettingen av bidrag ikke ble behandlet, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 28, jf. §§ 33 og 34, da hans klage medførte at trygdekontoret omgjorde vedtaket til hans ugunst på ett punkt og for øvrig fastholdt sine tidligere vurderinger.

Fylkestrygdekontoret svarte blant annet:

«I klagesaker og i saker om endring av bidrag kan avgjørelsesorganet i følge barnelovens kapittel 8 – § 75, gå utenfor det partene gjør påstand om. Dette innebærer f.eks at trygdekontoret kan forhøye bidraget selv i de tilfeller der det er søkt om nedsettelse eller sette ned bidraget i tilfeller der det er søkt om forhøyelse, dersom vilkårene for dette ellers er til stede. Trygdekontoret kan på samme måte endre en klage til klagers ugunst.

Da bidragets størrelse endret seg i trygdekontorets behandling av bidragspliktiges klage, førte det til at bidraget ble omgjort i vedtak av 16.06.04. Vedtaket ble sendt begge parter, og det ble orientert om at vedtaket kan påklages innen tre uker. Videre fremgikk det av vedtaket at klage skulle fremsettes til trygdekontoret.»

Fylkestrygdekontoret opplyste at de vurderte det slik at partene skriftlig ble orientert av trygdekontoret hvordan klagen ble behandlet til enhver tid.

I mitt avsluttende brev til fylkestrygdekontoret uttalte jeg:

«En grunnleggende regel i forvaltningsretten er at den part som er misfornøyd med et vedtak, har rett til å få sin klage behandlet av et klageorgan. Regelen er kommet til uttrykk i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 28 første ledd, som forutsetter at klagen skal realitetsbehandles av klageorganet, med mindre det er grunnlag for å avvise klagen. Før oversendelse til klageinstansen skal imidlertid førsteinstansen selv vurdere om klagen gir grunn til å endre vedtaket, jf. forvaltningsloven § 33 annet ledd.

Det fremgår at fylkestrygdekontoret mener at førsteinstansens omgjøring etter klage – også til klagerens ugunst – i bidragsaker, er et vedtak som må påklages på nytt til trygdekontoret for at fylkestrygdekontoret skal behandle saken. Jeg oppfatter det slik at synspunktet bygger på bestemmelsen i barneloven 8. april 1981 nr. 7 § 75 første ledd første punktum, som lyder slik:

«I klagesaker og i saker om endring av tilskot etter § 74 kan avgjerdsorganet gå utanfor det partane gjer påstand om».

En slik sammenheng mellom barneloven § 75 og forvaltningsloven § 28 kan jeg ikke se at det er grunnlag for. Et nytt vedtak i klagesaken (førsteinstansens omgjøringsvedtak etter klage) kan ikke lede til at bidragspliktiges opprinnelige klage bortfaller, når han som i denne saken ikke fikk medhold på noen punkter og bidraget i tillegg for en periode ble endret til hans ugunst. I slike tilfeller bør klageren i det minste forespørres om den opprinnelige klagen opprettholdes slik at klagesaken eventuelt kan oversendes klageinstansen på vanlig måte. Barneloven § 75 gir trygdekontoret hjemmel for å endre en bidragsfastsetting til en av partenes ugunst, dersom saken omgjøres av trygdekontoret som følge av klage, men den kan ikke oppfattes som en regel som begrenser en parts anledning til å få saken behandlet av klageinstansen når trygdekontoret omgjør saken til ugunst for den klagende part.

I alle tilfeller fremgår det av As brev 26. juni 2004 til fylkestrygdekontoret at han oppfattet at klagebehandlingen også gjaldt bidragsfastsettingen, at han hadde «forhåpning om at klagebehandling» ville medføre endringer i det fastsatte bidraget og at han så frem til en «endelig og uavhengig avgjørelse i klagesaken». Brevet ble sendt innenfor klagefristen som trygdekontoret oppstilte i sitt omgjøringsvedtak 16. juni 2004. Det synes klart at bidragspliktiges henvendelse 26. juni 2004, i samsvar med forvaltningsloven § 11 fjerde ledd og alminnelige regler om god forvaltningsskikk, skulle medført at fylkestrygdekontoret tok initiativ til å avklare hva klagebehandlingen skulle omfatte. I forvaltningsloven § 11 fjerde ledd heter det:

«Dersom noen henvender seg til urette myndighet, skal det forvaltningsorgan som mottar henvendelsen om mulig vise vedkommende til rett organ. Inneholder en henvendelse til et forvaltningsorgan feil, misforståelser, unøyaktigheter eller andre mangler som avsenderen bør rette, skal organer om nødvendig gi beskjed om det».

Også regelen i forvaltningsloven § 32 tredje ledd gir uttrykk for forvaltningens plikt til å få avklart uklarheter om saksbehandlingen.

Jeg vil på denne bakgrunn be Fylkestrygdekontoret i Hordaland om å gå gjennom saken på nytt.»

Bo- og behandlingssenter, institusjon for rusmiddelbrukere

35.

Utestenging av pårørende fra kommunalt bo- og behandlingssenter

(Sak 2004–2093)

En pårørende til en beboer ved et kommunalt bo- og behandlingssenter ble utestengt fra senteret fordi kommunen mente at vedkommendes oppførsel ved besøk utgjorde en stor belastning for de tilsatte og beboerne ved senteret. Utestengingen bygget høsten 2004 fremdeles på et vedtak truffet våren 2002 om at ordningen skulle fortsette «inntil videre» med mindre det oppsto en vesentlig ny situasjon.

Ombudsmannen kom til at vedtaket om utestenging burde vært begrenset i tid og eventuelt fornyet med jevne mellomrom dersom det fortsatt var grunn til det. Han ga videre uttrykk for at det i vedtaket burde ha vært nedtegnet hvilke endringer som skulle til for å få opphevet vedtaket.

X kommune v/rådmannen traff i september 2001 vedtak om at A skulle utestenges fra Y bo- og behandlingssenter. Etter vedtaket skulle A ikke lenger ha adgang til å oppholde seg i bo- og behandlingssenteret, verken i avdelingen eller i kantine og andre fellesrom. Vedtaket innebar at A var avskåret fra å besøke en av sine pårørende, B, som var beboer ved senteret. Begrunnelsen for vedtaket var at det under hele Bs opphold ved bo- og behandlingssenteret hadde vært problemer knyttet til As atferd ved besøk. Det ble i denne forbindelse vist til at A nærmest daglig skulle ha skjelt ut avdelingens personale, kommet med grove seksuelle tilrop og beskyldninger om seksuelt misbruk av beboere, dårlig pleie og aktiv døds-hjelp. Kommunen la til grunn at atferden var en sterk belastning både for tilsatte og andre beboere. Det ble videre vist til Bs behov for skjerming.

A klaget til kommunen over vedtaket og ga uttrykk for at han følte seg trakassert. Hans atferd ble forklart som «et direkte svar på erting, mobbing, latterliggjøring, nedverdiggende behandling, trakassering, til dels grov trakassering og seksuelle overgrep».

Kommunens klageutvalg behandlet saken i november 2001 og traff følgende vedtak:

«Det opprettes en ordning med besøk en gang pr. mnd. med varighet på 1 1/2 time, etter avtale med bo- og behandlingssenteret. Vaktsskapskaper vil være til stede under besøket.

Klageutvalget får tilbakemelding om ordningen etter 4 mnd.»

Klageutvalget la også til grunn at A hadde utvist en uakseptabel opptreden, særlig i forhold til de ansatte. Det ble understreket at han risikerte utestenging hvis han fortsatte å forulempe de ansatte og ikke opptrådte på en skikkelig måte under besøkene.

Ordnningen ble evaluert i brev til klageutvalget i mars 2002 fra virksomhetslederen ved bo- og behandlingssenteret. Senteret konkluderte med at for institusjonen var dette en grei ordning.

Etter dette traff klageutvalget i mars 2002 følgende vedtak:

«Ordningen fortsetter inntil videre med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon.»

A klaget hit over utestengingen. Det ble besluttet å undersøke saken og kommunen ble bedt om å belyse saken nærmere. Det ble blant annet fremhevet som særskilt ønskelig å få opplyst om det var meningen at utestengingsvedtaket skulle prøves på nytt med jevne mellomrom og om det i så fall var truffet senere vedtak om utestenging av A. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvilke muligheter A hadde til å få undergitt utestengingsvedtaket en ny prøving.

I svaret fra kommunen het det bl.a.:

«Vi kan bekrefte at A er utestengt fra Y bo- og behandlingssenter, hvor B bor. Vedtaket ble gjort etter ca. 2 år med problemer vedrørende A sin adferd. Adferden har gått ut på utskjelling av personalet, grove seksuelle tilrop og beskyldninger om seksuell misbruk av beboere, samt beskyldninger om dårlig pleie og aktiv dødshjelp. Adferden var så belastende for personalet at det ble sykemeldinger og enkelte sluttet. Uroen har også gått utover trivsel for andre beboere og andre besøkende. Som dere ser ut fra brev fra kommuneoverlegen har B en demenstilstand, og vi opplevde at B ble svært urolig i forbindelse med As besøk. B har behov for trygge rammer og skjerming for syns- og hørselsimpulser. Vi opplever at B blir glad for å se A, men er utslitt etter besøk av A. Personalet bruker lang tid for å roe B.

I de to årene som hadde gått før vedtaket ble fattet, forsøkte vi å ta oss av A, ved å vise omsorg og legge spesielt til rette for at A og B kunne ha det hyggelig sammen. Vi skjønte at A hadde psykiske problemer, og vi var også i kontakt med As behandlende lege.

Vi har jevnlig kontakt med A, da han ofte kommer til institusjonen. Vi vurderer As situasjon ut fra samtale med ham. Når vi opplever endring i As adferd, vil vi kunne endre tiltaket.

Vi anser ikke at situasjonen har endret seg. A har stort sett forholdt seg til reglene, bortsett fra den siste tiden hvor A har gått direkte opp i avdelingen. Ved slike situasjoner må vi tilkalle politiet, da det er vanskelig for personalet å få A ut.»

Det ble på bakgrunn av kommunens svar og innsendte dokumenter funnet grunn til å stille enkelte oppfølgingsspørsmål. I brev til kommunen ble det vist til at vedtaket som utestengingen av A bygget på ble truffet i mars 2002 og at det fremgikk at vedtaket skulle fortsette å gjelde med mindre det skulle oppstå en vesentlig ny situasjon. Kommunen ble bedt om å redegjøre for hva som vil innebære en slik vesentlig endring, hvordan dette ble vurdert og om A var orientert om hvilke endringer som måtte finne sted for at utestengingsvedtaket skulle oppheves.

I sitt svar anførte kommunen bl.a. følgende:

«Dere ber om en redegjørelse om hva som er vesentlige endringer for at A skal få opphevet sitt utestengningsvedtak. Fra vår side mener vi at han ikke skal ha en oppførsel som er belastende overfor vårt personal, eller andre som er på bo- og behandlingssenteret. Vi må forvente en adferd som gjør at B ikke blir mer forvirret og engstelig. Dette har vært forsøkt forklart muntlig gjentatte ganger av undertegnede.

Vi anser det mulig å oppheve vedtaket, hvis A tar imot og følger et behandlingsopplegg fra sin psykiatriske lege. Fra vår side kunne vi, hvis det er aktuelt, være en samarbeidspartner i forbindelse med et behandlingsopplegg.

Vi har også et stort ønske om at vedtaket kan oppheves og at besøksrutiner fungerer slik som for andre beboere.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Utformingen av vedtaket

A har vært avskåret fra å besøke B siden 12. november 2001, med unntak av ett besøk i måneden med en varighet på 1 ½ time og da etter avtale med Y bo- og behandlingssenter og med representant fra et vaktelskap til stede. Utestengingen bygger i dag på vedtak truffet av X kommunes klageutvalg 21. mars 2002 og skal gjelde «inntil videre med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon».

Jeg legger innledningsvis til grunn at beboerne ved Y bo- og behandlingssenter i utgangspunktet har rett og stor frihet til besøk av sine pårørende ved senteret.

Jeg legger videre til grunn at B i utgangspunktet ønsker å få besøk av A.

Utestengingsvedtaket som er truffet i foreliggende sak representerer dermed et relativt stort inngrep i As adgang til å besøke B ved bo- og behandlingssenteret. Et vedtaks inngripende karakter vil også kunne påvirke de krav som stilles til forvaltningens saksbehandling av en sak. En generell rettesnor må være at jo mer inngripende et vedtak er, desto strengere krav må det også stilles til saksbehandlingen. Dette endrer imidlertid ikke at alle vedtak forvaltningen treftefer må oppfylle de minstekrav som er oppstilt i det til enhver tid gjeldende regelverk og normene for god forvaltningsskikk.

Det gjeldende utestengningsvedtaket er truffet av kommunens klageutvalg 21. mars 2002, etter en evaluering av utvalgets vedtak 12. november 2001. Fra klageutvalgets saksprotokoll 21. mars 2002 hitsettes:

«Møtebehandling

C foreslo at ordningen fortsetter inntil videre med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon.

Forslaget enst. vedtatt.

Vedtaket:

Ordningen fortsetter inntil videre med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon.»

Det fremgår ikke av sakens dokumenter hvordan dette vedtaket ble formidlet til A, herunder om det ble formidlet i den korte formen som her er beskrevet. Det må imidlertid være på det rene at dette er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b og at det dermed stilles krav bl.a. til vedtakets innhold og til underretningen om vedtaket, jf. lovens kapittel V.

Ordningen skal etter ordlyden i vedtaket fortsette «inntil videre med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon». Vedtakets varighet er altså ikke uttrykkelig angitt, men forutsetter endringer i de ytre forhold. Fra kommunens side er det opplyst at Y bo- og behandlingssenter jevnlig har kontakt med A, ettersom han ofte kommer til institusjonen. Hans situasjon vurderes ut fra samtale med ham og når det oppleves endringer i hans tilstand vil vedtaket ifølge kommunen kunne endres. Etter min mening er dette ikke en helt tilfredsstillende ordning.

Jeg har tidligere i en generell sak overfor Sosialdepartementet tatt opp spørsmålet om nektelse av adgang til sosialkontorer på bakgrunn av rettstridig atferd fra klientenes side, jf. ombudsmannens årsmelding for 1990 s. 48–49 (sak 246/90). Saken vil av naturlige årsaker bare ha begrenset overføringsverdi til foreliggende sak. Jeg vil likevel vise til min uttalelse på s. 49 annen spalte:

«En generell utestengning over lengre tid vil vanskelig kunne godtas. Beslutninger om adgangsnektelse bør begrenses i tid.»

Dette må etter min mening også gjelde i den foreliggende saken. Det er vanskelig å akseptere at forvaltningen skal kunne treffe et vedtak om utestenging, uten at dette formelt prøves på nytt med jevne mellomrom, og eventuelt opprettholdes med nytt vedtak om nødvendig. Ved slike fornyede vedtak oppnås notoritet rundt det forhold at vedtaket faktisk er vurdert. Vedtaket vil på denne måten også bli vurdert konkret med tanke på om det er skjedd de nødvendige endringer i de faktiske forhold, noe som nok må sies å være vanskeligere ved en løpende vurdering. Hvilke hendelser i dagliglivet skal f.eks. kunne fortelle om slike endringer som kreves for å få endret vedtaket, er inntrådt?

Hvor lenge et slikt løpende vedtak om utestenging kan og bør gjelde, vil variere ut fra sakens inngrepene og sakens kompleksitet. Det må i første rekke være opp til kommunen å vurdere dette. Jeg finner likevel grunn til å minne om at klageutvalget i vedtaket 12. november 2001 fant det nødvendig med en evaluering etter at det var gått fire måneder. Selv om det her var tale om en første gangs evaluering, kan en slik tidsperiode som her ble benyttet gi en viss veiledning.

Under sakens behandling her er det fremkommet at innholdet i formuleringen: «med mindre det oppstår en vesentlig ny situasjon», er forklart til A munt-

lig gjentatte ganger. Dette er heller ikke helt tilfredsstillende. Det er ikke opplagt hva en slik «vesentlig ny situasjon» omfatter. Formuleringen må dermed sies å være relativt uklar og muntlige forklaringer om innholdet er lite egnet til å sikre notoritet rundt vedtakets innhold. For øvrig er formuleringen en del av vedtaket og burde dermed etter min mening vært beskrevet nærmere i skriftlig form, jf. forvaltningsloven § 23.

2. Realiteten

Det fremgår av sakens dokumenter at vedtaket om utestenging er begrunnet med at det under hele Bs opphold ved bo- og behandlingssenteret har vært knyttet problemer til As atferd ved besøk. A skal nærmest daglig ha skjelt ut avdelingens personale, kommet med grove seksuelle tilrop og beskyldninger om seksuelt misbruk av beboere, dårlig pleie og aktiv dødshjelp. Atferden skal ha vært en sterk belastning både for tilsatte og andre beboere. Det er videre vist til at B har behov for skjerming. A har på sin side forklart sin atferd som «et direkte svar på erting, mobbing, latterliggjøring, nedverdiggende behandling, trakassering, til dels grov trakassering og seksuelle overgrep».

Det offentlige må med forankring bl.a. i eiendomsretten i utgangspunktet kunne stille opp nødvendige ordensregler for adgang til og bruk av offentlige eiendommer og institusjoner, jf. Frihagen, Forvaltningsrett bind I (3. utg.) side 155. Det må derfor i utgangspunktet ligge innenfor X kommunes rettigheter som eier av Y bo- og behandlingssenter å regulere hvem som har adgang til bygningene og de omkringliggende områder, med unntak for de som eventuelt måtte ha rettskrav på slik adgang og innenfor forvaltningsrettens krav om forholdsmessighet, likebehandling og forbud mot å legge vekt på usaklige hensyn.

En utestenging av pårørende til beboere ved kommunale omsorgsinstitusjoner er et relativt inngrepende vedtak. Det bør derfor utvises stor varsomhet med å treffe slike vedtak. I vurderingen av om utestengningsvedtak skal treffes må det være relevant å ta i betraktning de hensyn som er vektlagt i denne saken, nemlig hensynet til pasienten, de øvrige beboere og personalet. Jeg forstår kommunen slik at det ikke er ønskelig å treffe denne typen avgjørelser, heller ikke i den foreliggende saken, men at det i enkelte tilfeller kan være nødvendig.

Saksbehandlingen her er skriftlig og det blir ikke foretatt parts- eller vitneavhør. Jeg har derfor ingen muligheter til å vurdere om As atferd har vært eller er av en slik karakter at utestengingsvedtaket må anses berettiget.

3. Konklusjon

Jeg er kommet til at vedtaket om utestenging av A fra Y bo- og behandlingssenter burde ha vært be-

grenset i tid og eventuelt fornyet med jevne mellomrom dersom det fortsatt var grunn til det. Videre er jeg kommet til at det i vedtaket burde vært nedtegnet hvilke endringer som skulle til for å få opphevet vedtaket. På bakgrunn av dette må jeg be X kommune om å vurdere vedtaket om utestenging på nytt. Dersom kommunen fatter nytt vedtak om utstenging bør vedtaket avgrenses i tid og det bør også angis nærmere hva som skal til for å få opphevet vedtaket eller endret vilkårene for besøk.

Jeg har merket meg at Y bo- og behandlingssenter i brev har kommet med et positivt innspill med tanke på å få opphevet vedtaket dersom A tar imot og følger et behandlingsopplegg fra sin psykiatriske lege. Bo- og behandlingssenteret har sagt seg villig til å være en samarbeidspartner i et slikt eventuelt behandlingsopplegg. Jeg håper bo- og behandlingssenteret kan bidra til at et slikt opplegg kommer i stand til beste for alle parter.

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

Kommunen foretok etter dette en ny vurdering av saken. Det ble truffet nytt vedtak om utestenging med en evaluering etter 6 måneder. I tillegg ble det besluttet å utarbeide en avtale, i samarbeid med Bs hjelpeverge, om hva som skulle til for å kunne oppheve vedtaket om utestenging.

36.

Utskriving fra institusjon for rusmiddelbrukere mot beboers vilje

(Sak 2004/2275)

En beboer på en institusjon for rusmiddelbrukere ble utskrevet med umiddelbar virkning etter en episode hvor personalet på institusjonen opplevde at beboeren truet med å utøve vold mot ansatte. I klagen ble det anført at hendelsen var utløst av sinne på grunn av et tyveri fra beboeren, og at det var en enkeltstående episode som kun varte noen få sekunder. På denne bakgrunn ble det gjort gjeldende at hendelsen ikke gav saklig grunn til umiddelbar utskrivning. Klagerne bestred også at episoden hadde medført alvorlige problemer for institusjonen.

Ombudsmannen fant det tvilsomt om utskrivingsvedtaket hadde tilstrekkelig forankring i sosialtjenesteloven § 7–6 og hensynene bak bestemmelsen, og fant derfor grunn til å anmode fylkesmannen om å vurdere saken på nytt. Fylkesmannen ble dessuten kritisert for uklar utforming av klagevedtaket, da det etterlot tvil om fylkesmannens oppfatning av sin kompetanse som klageinstans.

Fylkesmannen tok til etterretning ombudsmannens kritikk vedrørende uklar utforming av klagevedtaket, og beklaget dette. Fylkesmannen vurderte

saken på nytt, men fant ikke grunn til å endre vedtaket.

Oslo kommune, Rusmiddelstaten traff vedtak om utskrivning av A fra en rusmiddelinstitusjon i kommunen som tilbyr kvinnelige rusmiddelbrukere rehabilitering m.v. Vedtaket lød som følger:

«Du kom til avd. --- i dag og ville vite om noen hadde vært på rommet i det du hevdet at du fant din dør ulåst, og at lommebok og penger var stjålet. Da du ble gjort oppmerksom på at en i personalgruppa hadde låst seg inn for å se etter deg i løpet av dagen og deretter gått ut og låst døren igjen, gikk du bort til TV'n, løftet benet og sa du hadde lyst til å sparke til TV'n. Deretter løftet du opp en blomsterpotte, gikk fort mot den i personalet som hadde vært på ditt rom og sa med sint stemme «Vil du ha denne, eller?» Dette anses som trusler om vold og medfører utskrivning fra institusjonen med øyeblikkelig virkning.»

Fylkesmannen i Oslo og Akershus stadfestet kommunens avgjørelse, og fant at episoden var en saklig grunn for utskrivning i det den måtte «anses som et brudd på beboeravtalen av en alvorlighetsgrad som vil kunne medføre utskrivning». Fylkesmannen fremholdt for øvrig at hans adgang til å overprøve kommunens vedtak «vil være relativt begrenset så lenge vedtaket etter forholdene ikke kan betegnes som åpenbart urimelig».

As foreldre brakte saken inn for ombudsmannen. I klagen ble det anført at situasjonen må betegnes som en ubehagelig enkeltepisode som varte noen få sekunder, og at en slik episode ikke kunne være «saklig grunn» for utskrivning etter sosialtjenesteloven. Foreldrene anførte at utkastelsen skjedde på en brutal måte som var uforenlig med institusjonens formål om å være en rehabiliterings- og omsorgsinstitusjon. De bestred at datterens atferd i den aktuelle episoden kunne innebære noen «alvorlig fare for institusjonen».

På grunnlag av klagen og innhentede saksdokumenter ble det funnet grunn til å undersøke saken nærmere. Fylkesmannen i Oslo og Akershus ble bedt om å kommentere klagerens anførsel om at situasjonen som lå til grunn for vedtaket om utskrivning ikke var av en slik karakter at den ga grunnlag for umiddelbar utskrivning, men at den lå innenfor det som må være påregnelig ved arbeidet ved en slik institusjon. Ombudsmannen ba fylkesmannen om å redegjøre nærmere for om A ved sin oppførsel skapte «alvorlige problemer for institusjonen», jf. Ot.prp. nr. 29 (1990–91) s. 165.

Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for hva det lå i formuleringen om at hans adgang til å overprøve kommunens vedtak «vil være relativt begrenset så lenge vedtaket etter forholdene ikke kan betegnes som åpenbart urimelig». Ombudsmannen spurte om det var fylkesmannens syn at spørsmålet om beboerens forhold «gir en saklig grunn for ut-

skrivning», jf. § 7–6 annet ledd annet punktum, hørte inn under kommunens frie skjønn. Fylkesmannen ble også bedt om å kommentere anførselen om at bl.a. pkt. 8 i «Boavtale for opphold i ---», slik bestemmelsen i dette tilfellet var tolket, var i strid med sosialtjenesteloven.

I sitt svarbrev klaggjorde fylkesmannen innledningsvis at spørsmålet om beboerens forhold «gir en saklig grunn for utskrivning», jf. § 7–6 annet ledd annet punktum, etter hans syn ikke hørte inn under kommunens frie skjønn, men er å anse som «lovanvendelsesskjønn». Fylkesmannen beklaget at dette ikke fremgikk tydelig av vedtaket, men fant ikke at det ble utslagsgivende i forhold til konklusjonen i vedtaket om at «institusjonen hadde saklig grunn for utskrivning, og at vedtaket derfor ikke kan anses som lovstridig eller åpenbart urimelig». Fylkesmannen anførte at spørsmålet om beboerens oppførsel skapte «alvorlige følger for institusjonen», vil kunne fortone seg annerledes i ettertid enn på hendelsestidspunktet. I den konkrete vurderingen hadde fylkesmannen tatt utgangspunkt i personalets subjektive opplevelse av situasjonen da den fant sted, og lagt avgjørende vekt på at personalet opplevde episoden som truende. Etter fylkesmannens syn var det at en blomsterpotte av stein ble holdt i kasteosisjon å anse som en trussel om vold, og derved brudd på beboeravtalen pkt. 8. Fylkesmannen anså ikke denne tolkningen av avtalen for å være i strid med sosialtjenesteloven. Vedrørende klagernes henvisning til institusjonens formål fant fylkesmannen grunn til å presisere at institusjonens ansvar var driften og det faglige tilbudet, og at institusjonen må ha anledning til å sette grenser mot vold og trusler om vold.

Ved avslutningen av saken ble det herfra uttalt:

«Sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 7–5 første ledd pålegger kommunen «ansvaret for planlegging, etablering og drift av boliger med heldøgns omsorgstjenester for dem som på grunn av alder, funksjonshemming eller av andre årsaker har behov for det». Paragraf 7–6 omhandler inntak og utskrivning fra slik bolig. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

«Kommunen skal gi regler for hvordan inntak og utskrivning fra bolig som nevnt i § 7–5 skal besluttes. Kongen kan gi forskrifter om hva reglene skal inneholde.

Er det vedtatt etter regler i medhold av første ledd at en person skal ha plass i en bolig med heldøgns omsorgstjenester, kan boligen ikke nekte å ta imot vedkommende. Beboeren kan ikke utskrives mot sin vilje før den fastsatte eller forutsatte tid for oppholdet er ute, så fremt vedkommendes forhold ikke gir en saklig grunn for utskrivning. Når utskrivningen bør medføre tiltak fra sosialtjenestens side, skal utskrivningen varsles i god tid på forhånd.»

Det følger av § 7–6 annet ledd annet punktum (tidligere tredje ledd) at en beboer *kan* utskrives mot sin vilje før den fastsatte eller forutsatte tid for oppholdet er ute dersom vedkommendes forhold gir en saklig grunn for utskrivning. Det følger av bestemmelsens forarbeider (Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) side 165) at saklig grunn i «vedkommendes forhold» er ment å være en materiell begrensning i utskrivingsretten:

«Selve utskrivningsprosedyren forutsettes regulert ved de regler som kreves etter første ledd. Det tredje ledd bringer i tillegg, er en materiell begrensning i utskrivingsretten: Hvis beboeren ønsker å beholde plassen og den fastsatte eller forutsatte behandlings- eller oppholdstid ikke er ute, må utskrivningen være begrunnet i «beboerens forhold». Dette uttrykk omfatter både det forhold at beboeren må anses å ha fått den hjelp som kan gis, og at han ved sin oppførsel skaper alvorlige problemer for institusjonen. Kontrollen med at det ikke skjer uheldige utskrivninger vil ligge i de saksbehandlingsregler fylkeskommunen/kommunen skal fastsette.»

Ut fra bestemmelsens ordlyd og forarbeidene er spørsmålet om beboerens forhold gir saklig grunn til utskrivning et lovanvendelsesspørsmål. Saklig grunn ut fra beboerens forhold er med andre ord et minstevilkår for utskrivning etter § 7–6 annet ledd annet punktum. Fylkesmannen synes også å legge en slik lovforståelse til grunn innledningsvis i brevet til ombudsmannen.

Sosialtjenesteloven § 8–7 første ledd om fylkesmannens kompetanse i klagesaker lyder:

«Fylkesmannen kan prøve alle sider av vedtaket. Når det gjelder prøvingen av det frie skjønn, kan fylkesmannen likevel bare endre vedtaket når skjønnet er åpenbart urimelig.»

Spørsmålet om beboerens forhold gir saklig grunn til utskrivning i henhold til § 7–6 annet ledd annet punktum, hører som nevnt ikke under kommunens frie skjønn. Fylkesmannen kunne følgelig prøve alle sider av dette spørsmålet, jf. § 8–7 første ledd første punktum. Det synes imidlertid å være noe uklart hvilken kompetanse fylkesmannen la til grunn at han hadde under behandling av klagesaken. Vedrørende vilkåret om saklig grunn heter det i klagevedtaket:

«Fylkesmannens adgang til omgjøring av vedtak som er basert på faglig skjønn vil være relativt begrenset så lenge vedtaket etter forholdene ikke kan betegnes som åpenbart urimelig.»

I brevet fra fylkesmannen til ombudsmannen het det bl.a.:

«Fylkesmannen har ut fra de opplysninger som fremgår av sakens dokumenter, konkludert med at institusjonen hadde saklig grunn for ut-

skrivning, og at vedtaket *derfor* ikke kan anses som lovstridig *eller åpenbart urimelig.*» (mine uthevninger)

Samlet sett kan disse avsnittene gi inntrykk av at fylkesmannen ved prøvingen av vilkåret om saklig grunn i beboerens forhold anså sin kompetanse for å være begrenset i henhold til sosialtjenesteloven § 8–7 første ledd annet punktum, der det heter at fylkesmannen kun kan endre en avgjørelse som hører under kommunens frie skjønn dersom «skjønnnet er åpenbart urimelig». Det vises også til avsnittet «*Fylkesmannens kompetanse:*» i klagevedtaket, som ut fra sammenhengen kan være egnet til å gi inntrykk av at fylkesmannen anså seg avskåret fra å prøve fullt ut om vilkåret om saklig grunn i beboerens forhold var oppfylt. Dette er egnet til å etterlate tvil om fylkesmannen foretok en full prøving av om minstevilkåret i § 7–6 annet ledd annet punktum var oppfylt, slik han er forpliktet til.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at fylkesmannen sikter til at spørsmålet om beboeren skal utskrives dersom minstevilkåret er oppfylt, beror på kommunens frie skjønn, jf. uttrykket «kan» i bestemmelsen. Dette burde i så fall ha kommet tydeligere til uttrykk i vedtaket og i brevet til ombudsmannen.

Uansett er det grunn til å understreke viktigheten av at fylkesmannen uttrykker seg på en måte som ikke er egnet til å skape uklarhet om hans kompetanse i klagesaker. Jeg finner grunn til å kritisere at fylkesmannens utforming av klagevedtaket ikke er tilstrekkelig klart i så måte.

Hovedgjenstand for ombudsmannens undersøkelser har vært kommunens og fylkesmannens forståelse av vilkåret i § 7–6 annet ledd annet punktum om at utskrivning mot beboers vilje må ha saklig grunn i vedkommendes forhold, og om vilkåret var oppfylt på vedtakstidspunktet.

Det følger av sitatet fra forarbeidene ovenfor at beboerens oppførsel kan være en saklig grunn til utskrivning mot vedkommendes vilje før den fastsatte eller forutsatte tid for oppholdet er ute. Vold eller trusler om vold kan således være et legitimt grunnlag for utskrivning, og ordlyden i pkt. 8 i «Boavtale for opphold i ---» gir ikke grunn til merknader fra min side på dette punktet. I den grad beboeravtalen kan sies å utvide retten til utskrivning mot beboers vilje i forhold til det som er lovens intensjon, må den imidlertid stå tilbake for loven. Det avgjørende i denne saken er således om utskrivingsvedtaket er i tråd med § 7–6 annet ledd annet punktum og siktemålet med bestemmelsen, dvs. om A ved sin oppførsel 9. februar 2004 skapte «alvorlige problemer for institusjonen», jf. Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) side 165.

Fylkesmannen har i vurderingen lagt avgjørende vekt på hvordan episoden fremsto da den fant sted, der tre ansatte opplevde situasjonen som en trussel om bruk av vold. Fylkesmannen har også lagt vekt

på at institusjonen har et ansvar for driften og det faglige tilbudet, og at vold eller trusler om vold ikke er akseptabelt.

Saksbehandlingen her er skriftlig, og ombudsmannen har derfor begrenset mulighet til å etterprøve fremstillingen av de faktiske forhold. Ombudsmannens undersøkelser har heller ikke først og fremst vært rettet inn mot den uenigheten om faktum som er beskrevet i sakens dokumenter. De relativt små uenighetene om hendelsesforløpet synes uansett ikke å ha vært avgjørende for fylkesmannens vurdering. Videre er det grunn til herfra å være forsiktig med å uttale seg om hva personalet på en rusmiddel-institusjon, må påregne i sitt arbeid ut fra institusjonens formål. Dette er i liten grad et rettslig spørsmål, og har også en side mot hva som ut fra faglige vurderinger er riktig ut fra hensynet til best mulig rehabilitering m.v.

Slik saken er opplyst her, er det likevel tvil om det forelå «saklig grunn» for utskrivning, jf. § 7–6 annet ledd annet punktum. Jeg har forståelse for at hendelsen som lå til grunn for utskrivningen kan ha fremstått som dramatisk. Det må også være klart at institusjonen må ha anledning til å sette grenser for uakseptabel atferd som bruk av vold og trusler om bruk av vold. På den annen side var det etter det opplyste den første hendelsen av slik karakter siden A fikk plass på institusjonen, og ifølge personalets saksfremstilling var episoden over da en av de ansatte avviste å ta imot blomsterpotten. Episoden synes således å være en enkeltstående hendelse, som ikke medførte skade verken på personalet, andre beboere eller materiell. Ut fra sosialtjenestelovens formål og formålet med denne typen botilbud synes det på denne bakgrunn noe usikkert om A ved sin oppførsel 9. februar 2004 skapte «alvorlige problemer for institusjonen». Etter forarbeidene synes lovgiver her å forutsette at det skal noe til for å utskrive en beboer før tiden mot vedkommendes vilje. Jeg forstår forarbeidene slik at problemene bør være av en viss styrke, og at det muligens også må være tale om problemer av en viss varighet.

I vurderingen av den konkrete saken må det også legges vekt på utskrivingsvedtakets inngrepende betydning for klageren. Det fremgår av saksdokumentene at A hadde betydelige helseproblemer både fysisk og psykisk, og at hun var avhengig av et tilrettelagt botilbud. Etter å ha bodd på institusjonen i vel sju måneder, var hun etter det opplyste utskrevet om lag en time etter episoden på oppholdsrommet.

Det er også grunn til å minne om uttalelsen i forarbeidene om at saksbehandlingsreglene fastsatt etter § 7–6 første ledd er ment som en kontroll for å unngå uheldige utskrivninger. Etter Oslo kommunes instruks for inn- og utskrivning for rusmiddel-institusjoner fastsatt 24. mai 2000 fremgår det av pkt. 4.1 at vedtak om utskrivning før fastsatt tid skal inneholde dato for utflytting, og at denne «skal normalt være en måned fra den 01. i den påfølgende måned». I

Oslo kommune, Rusmiddeletatens retningslinjer/rutinebeskrivelse heter det at ved «utskrivning med umiddelbar virkning, for eksempel i forbindelse med vold, trusler om vold og bruk av rusmidler i institusjonen gis klienten, så vidt dette er mulig, varsel om grunnlaget for dette, samt mulighet for å uttale seg (forvaltningsloven § 16).»

I denne saken ble klageren etter det opplyste satt på gaten ca. en time etter episoden fant sted, og det fremgår ikke av dokumentene at A fikk forutgående varsel og anledning til å uttale seg om utskrivningen. Selv om utskrivningen av klager i dette tilfellet er begrunnet med brudd på pkt. 8 i beboeravtalen, kan jeg vanskelig se at dette skulle medføre utskrivning uten varsel og rett til å uttale seg, slik rutinebeskrivelsen og forvaltningsloven gir anvisning på. Jeg viser i den forbindelse til personalets beskrivelse av hendelsen, der det fremgår at blomsterpotten ble satt ned da A ble tilsnakket av personalet, og at A deretter gikk opp på sitt rom.

Jeg har som nevnt lagt til grunn at vold og trusler om vold kan være legitimt grunnlag for umiddelbar utskrivning mot beboers vilje, og at beboeravtalen pkt. 8 i utgangspunktet ikke synes å være i strid med § 7–6. Under enhver omstendighet er det av betydning at beboerne gjøres godt kjent med beboeravtalens innhold og praktiseringen av den. Som klagerne også er inne på, må kommunens informasjonsplikt her ses i forhold til hvem reglene retter seg mot.

Slik denne saken fremstår etter undersøkelsen herfra kan det reises tvil om utskrivningsvedtaket hadde tilstrekkelig forankring i sosialtjenesteloven § 7–6 annet ledd annet punktum, og om regelverket samlet sett har vært praktisert i samsvar med hensynene bak bestemmelsens første og annet ledd. Jeg er derfor kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven av 22. juni 1962 § 10 annet ledd fjerde punktum. Jeg vil derfor anmode fylkesmannen om å behandle saken på nytt.»

Etter ombudsmannens uttalelse foretok fylkesmannen en ny vurdering i saken. Fylkesmannen viste til at bakgrunnen for utskrivningen var brudd på punkt 8 i beboeravtalen, hvor det fremgår at vold eller trusler om vold kan medføre øyeblikkelig utskrivning. I brevet fra fylkesmannen het det:

«I den aktuelle saken foreligger en situasjon hvor beboeren truet med å kaste en blomsterpotte på en av personalet, på bakgrunn av sinne over å ha blitt frastjålet penger. Ombudsmannen viser til at episoden synes å være en enkeltstående hendelse som ikke medførte skade på personalet, andre beboere eller materiell. Etter fylkesmannens vurdering må institusjonen her kunne forbeholde seg retten til å ta forholdsregler som hindrer skade, noe som kan innebære utskrivning slik det vises til i beboeravtalen. Opplevelsen av hva som er alvorlige trusler vil nødvendigvis være individuelt. Fylkesmannen kan vanskelig gra-

dere opplevelsen av truende atferd, men har valgt å vektlegge vurderingen fra 3 ansatte.»

Fylkesmannen fremholdt videre:

«Hvilken oppførsel som kvalifiserer til å skape alvorlige problemer for institusjonen må nødvendigvis baseres på en del skjønsmessige vurderinger. Fylkesmannen har forståelse for institusjonenes behov for å markere seg i forhold til vold og trusler om vold, og at bruk av dette kan medføre utskrivning slik det er nedfelt i beboeravtalen. Fylkesmannen ser de momenter som Ombudsmannen anfører i forhold til den enkelte beboers rettssikkerhet.»

Fylkesmannen fant etter en samlet vurdering at vedtaket var i samsvar med sosialtjenesteloven § 7–6, og at det derfor ikke var grunnlag for å endre vedtaket.

Fylkesmannen tok til etterretning ombudsmannens kritikk vedrørende uklar utforming av klagevedtaket, og opplyste at man fra fylkesmannens side i fremtiden vil bestrebe seg på å formulere vedtak slik at de ikke skaper uklarhet, verken i forhold til kompetanse eller vurderinger.

Førerkort

37.

Sperrefrist for utstedelse av førerkort og forbudet mot dobbelt straffeforfølgning

(Sak 2004–2663)

Saken gjelder spørsmålet om vedtak om sperrefrist for utstedelse av førerkort er avskåret pga. forutgående straffedom, jf. tilleggsprotokoll nr. 7 art 4 nr. 1 (P7 art 4 nr. 1) til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).

Ombudsmannen fant ikke at det forelå brudd på P7 art 4 nr. 1 eller EMK art 6 (1) i denne saken, men hadde prinsipielle bemerkninger knyttet til forholdet mellom kravet til rimelig tid etter EMK art 6 (1) og samtidighetskravet i P7 art 4 nr. 1. Ombudsmannen kritiserte den lange saksbehandlingstiden og de saksbehandlingsfeil som var begått, men fant ikke grunnlag for å be Politidirektoratet om å behandle saken på nytt.

A ble ved dom 4. februar 2004 dømt for overtredelse av bl.a. vegtrafikkloven 18. juni 1965 nr. 4 § 31 første ledd, jf. § 22 første ledd (kjøring i påvirket tilstand) og vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf. § 24 første ledd første punktum. I dom fra mars 2002 ble han dømt for overtredelse av de samme bestemmelsene. På bakgrunn av domfellelsen 4. februar 2004, sendte politidistriktet forhåndsvarsel 10. mai 2004 om vedtak om sperrefrist for utstedelse av førerkort etter vegtrafikkloven § 24 a første ledd. Det

ble gitt 14 dagers frist for å uttale seg. Vedtak om sperrefrist ble truffet 24. mai 2004, samme dag som fristen for å uttale seg gikk ut.

På vegne av A kom advokaten med uttalelse 24. mai 2004 til forhåndsvarselet. Det var anført at ilegelse av sperrefrist var avskåret etter P7 art 4 nr. 1, da forhåndsvarsel først ble sendt over tre måneder etter rettskraftig dom. Vedtaket 24. mai 2004 ble deretter påklaget. Det var vist til at vedtaket var truffet før fristen for å avgi forhåndsuttalelse var gått ut. Politidistriktet traff så nytt vedtak i saken 8. juni 2004. I Politidirektoratets vedtak 24. august 2004 ble klagen ikke tatt til følge. Det ble vist til at A var domfelt to ganger for kjøring i påvirket tilstand, og at sperrefrist da er en obligatorisk følge av domfellelsen 4. februar 2004. Det ble vist til vegtrafikkloven § 24 a fjerde ledd, jf. § 33 nr. 4, og samtidig presisert at politidistriktets henvisning til vegtrafikkloven § 24 a første ledd ikke var korrekt hjemmel. Politidirektoratet fant videre at den tiden som var gått fra rettskraftig dom til forhåndsvarsel ble sendt, ligger innenfor hva som kan anses som «rimelig tid» etter EMK art 6 (1).

Advokaten brakte saken inn for ombudsmannen, og anførte at vedtaket om sperrefrist ble truffet så lang tid etter rettskraftig dom at avgjørelsen må anses som stridende mot konvensjonen.

I brev herfra ble Politidirektoratet bedt om å redegjøre for politidistriktets saksbehandling etter tingrettens dom 4. februar 2004, herunder hvorfor det tok over tre måneder før forhåndsvarsel om vedtak om sperrefrist ble sendt. Direktoratet ble videre bedt om å kommentere det forhold at vedtaket 24. mai 2004 syntes å være truffet før fristen for å komme med uttalelse gikk ut, samt om hvorfor det i vedtaket var vist til *inndragningsvedtaket*, da saken gjelder sperrefrist. Det ble bedt opplyst om det er utarbeidet retningslinjer eller lignende for politidistriktenes vedtak om sperrefrist/inndragning, og hvilke kontrollrutiner som er iverksatt i forbindelse med bruk av standardformularer for slike vedtak. Det ble også bedt opplyst om hvilken bestemmelse direktoratet siktet til da det i vedtaket 24. august 2004 ble vist til vegtrafikkloven § 24 fjerde ledd.

I forhold til spørsmålet om konvensjonsbrudd, ble det bedt opplyst om bakgrunnen for at dette var vurdert i forhold til EMK art 6 (1) og ikke i forhold til forbudet mot dobbelt straffeforfølgning etter P7 art 4 nr. 1. Det ble videre bedt om en nærmere redegjørelse for om saksbehandlingstiden i saken kommer i konflikt med samtidighetskravet i P7 art 4 nr. 1.

I Politidirektoratets svar het det bl.a.:

«1) Politidistriktets saksbehandling

Politidirektoratet har innhentet en uttalelse fra politidistriktet i anledning Sivilombudsmannens behandling av saken.

Det er vanskelig å uttale noe sikkert om hvor-

for det i denne saken tok over tre måneder fra rettskraftig dom til forhåndsvarsel om sperrefrist ble gitt. Rutinene ved politidistriktet var at domskontoret på Retts- og påtaleenheten registrerte og fulgte opp den rettskraftige straffesaken. Saken ble deretter sendt førerkortkontoret ved forvaltningsenheten for vurdering av spørsmålet om sperrefrist. Den lange saksbehandlingstiden antas å skyldes stor saksmengde ved begge kontorer.

I vedtaket er det skrevet feilaktig hjemmel og ved en feil tatt inn en tilføyelse om at inndragningsvedtaket medfører at førerkortet ikke kan gis tilbake før det er avlagt og bestått ny prøve. Dette antas å være feil som ikke har betydning for det reelle saksutfallet. Tilsvarende gjelder for anførselen om at vedtaket synes å være truffet før uttalelsesfristen var gått ut. Politidirektoratet bemerker at dette er åpenbare og beklagelige feil som neppe kan forklares på annen måte enn at saksbehandlingen har foregått for fort på bekostning av kvalitetssikringen.

Det beklages fra politidistriktets side at kontrollrutinene har sviktet og disse vil nå bli innskjerpet for å unngå lignende feil i fremtiden.

Når det gjelder utarbeidete retningslinjer for saksbehandlingen i førerkortsaker viser Politidirektoratet til Justisdepartementets rundskriv G-102/2000 Håndhevingsinstruks i førerkortsaker.

Direktoratet har forståelse for at store saksmengder i politidistriktene tidligere kunne føre til at det gikk lengre tid enn ønskelig før vedtak om inndragning av førerkort ble truffet. Etter endringene som trådte i kraft 01.01.2004 skal som kjent perioden for tap av førerrett nå fastsettes av domstolene i forbindelse med avgjørelsen av straffesaken nettopp for blant annet å unngå problemstillinger som den foreliggende der det har gått noe lenger tid enn ønskelig.

For øvrig kan det bemerkes at det er alminnelig kjent blant bilførere at førerkortet inndras/fastsettes sperrefrist for utstedelse av førerkort i tilfeller hvor det er kjørt motorvogn i påvirket tilstand.

2) Hjemmelen for vedtaket

Politidirektoratet beklager at det i vårt vedtak av 24.08.2004 ved en feil er skrevet at korrekt hjemmel skal være vegtrafikkloven § 24 a fjerde ledd. Som påpekt inneholder ikke vegtrafikkloven § 24 a noe fjerde ledd. Korrekt hjemmel for inndragning er vegtrafikkloven § 24 a annet ledd.

3) Forholdet til EMK

I foreliggende sak gikk det 99 dager fra dommen ble rettskraftig til forhåndsvarsel ble sendt ut. Vedtak ble truffet 14 dager senere. I den forbindelse vil direktoratet vise til Sivilombudsmannens behandling av sak nr 2003–1105 og sak nr. 2003–1213 som omhandler samme problemstilling. I sak nr. 2003–1105 gikk det 91 dager fra rettskraftig dom til forhåndsvarsel ble sendt ut og ytterligere 19 dager før inndragningsvedtaket ble truffet. I sak nr. 2003–1213 gikk det 102 dager fra rettskraftig dom til forhåndsvarsel ble sendt ut. Inndragningsvedtaket ble truffet 9 dager senere. Sivilombudsmannen finner det her kritikkverdige av politiet å bruke så lang tid på å gjennomføre inndragningen, men kan ikke se at saksbehandlingen i noen av tilfellene er så lang at

den innebærer noe brudd på EMK art. 6 nr. 1 (eller EMK 7. tilleggsprotokoll art. 4).

På bakgrunn av resultatet etter Sivilombudsmannens behandling av sakene nevnt ovenfor finner ikke Politidirektoratet grunnlag for å endre sitt vedtak som stridende mot EMK art. 6 nr. 1 eller EMK 7. tilleggsprotokoll art. 4, selv om vi – i likhet med Sivilombudsmannen – finner det beklagelig at det går så vidt lang tid fra rettskraftig dom til vedtak blir truffet.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Hjemmelen for vedtaket

Etter endringer i vegtrafikkloven skal nå inndragning og sperrefrist fastsettes i straffedommen og ikke ved etterfølgende administrativt vedtak. Lovendringene trådte i kraft 1. januar 2004. Etter kgl.res. 19. desember 2003 nr. 1614 gjelder de nye reglene for saker som bringes inn for retten etter 1. januar 2004.

Denne saken er behandlet etter gamle regler. Etter vegtrafikkloven § 24 a annet ledd (slik den lød tidligere) skal politimesteren eller den han gir myndighet, fastsette en sperrefrist for utstedelse av førerkort dersom en er domfelt for overtredelse som ville ha ført til inndragning etter tvingende regler i § 33. Etter vegtrafikkloven § 33 nr. 4 a skal førerkortet inndras for alltid dersom innehaveren blir domfelt to ganger for overtredelse av vegtrafikkloven § 22 innenfor et tidsrom av 5 år. Det er således på det rene at politidistriktet i utgangspunktet hadde rett og plikt til å treffe vedtak om sperrefrist.

2. Politidistriktets saksbehandling

De nærmere saksbehandlingsreglene, herunder når vedtaket skal treffes, følger ikke av loven selv. Av norske bestemmelser er det først og fremst Justisdepartementets rundskriv G-102/00 (Håndhevingsinstruksen) man må se hen til. Rundskrivets punkt 3.1.8 bestemmer at vedtaket må komme i «umiddelbar tilknytning til» rettskraftig dom. Av Politidirektoratets rundskriv 2002/039 følger det videre at vedtak om inndragning av førerkort må treffes «så raskt som mulig» etter rettskraftig avgjørelse. Jeg antar at prinsippene i sistnevnte rundskriv også vil gjelde for vedtak om sperrefrist.

Jeg finner det klart at politidistriktets saksbehandling i denne saken ikke tilfredsstillende de krav til hurtighet som følger av rundskrivene. Jeg er imidlertid enig med direktoratet i at dette er forhold som, etter nasjonale regler, ikke kan få betydning for det materielle saksutfallet. De øvrige saksbehandlingsfeil, herunder feil hjemmel, henvisning til «inndragningsvedtaket», samt at vedtaket 24. mai 2004 åpenbart må ha vært truffet før uttalelsen fra advokaten var mottatt, er heller ikke av en slik art de kan ha hatt betydning for utfallet av saken. Ikke desto mindre er de uheldige og lite tillitvekkende. Selv om de hver for seg kan synes bagatellmessige, har de samlet

reist tvil om saksbehandlingsrutinene ved slike vedtak, herunder også inndragningsvedtak, er gode nok i politidistriktet. Jeg tar til etterretning at direktoratet beklager forholdene og at det vil skje en gjennomgang av rutinene. Jeg ber direktoratet holde meg orientert om hva som blir foretatt i denne forbindelse.

3. Forholdet til P7 art 4 nr. 1 og EMK art 6 (1)

Når det gjelder spørsmålet om konvensjonsbrudd, vil jeg innledningsvis knytte noen merknader til forholdet mellom EMK art 6 (1) og P7 art 4 nr. 1. Bakgrunnen er at direktoratet har vurdert spørsmålet om dobbelt straffeforfølgning etter EMK art 6 (1), samt at advokaten har påpekt grensdragningen i klagen hit.

P7 art 4 nr. 1 regulerer hvilke avgjørelser statene må tillegge negativ materiell rettskraft, samt omfanget av rettskraften. EMK art 6 (1) inneholder rettsikkerhetsgarantier og saksbehandlingsregler knyttet til de avgjørelser bestemmelsen omfatter, herunder «determination of a criminal charge». Begge bestemmelsene stiller imidlertid krav til at en avgjørelse må treffes innen en viss tidsramme. Etter EMK art 6 (1) er det krav om at en straffesiktelse må avgjøres «innen rimelig tid». Når det gjelder P7 art 4 nr. 1, kan det sies å gjelde et samtidighetskrav ved vurderingen av om det foreligger en gjentakelse av straffeforfølgningen, som er det bestemmelsen skal beskytte mot. Avgjørelsen i Rt 2002 s. 1216 tilsier imidlertid at vurderingen av tidsmomentet i det vesentlige vil falle likt ut. Men det at bestemmelsene har ulikt anvendelsesområde og ulike rettsvirkninger, medfører at en vurdering av om et vedtak er i strid med forbudet mot dobbelt straffeforfølgning, bør ta utgangspunkt i om P7 art 4 nr. 1 er anvendelig, før man ser hen til tidskravet i EMK art 6 (1).

For at P7 art 4 nr. 1 skal få anvendelse, må vedtaket om sperrefrist anses som en avgjørelse truffet som ledd i «criminal proceedings». Politidirektoratet synes å ha lagt til grunn at vedtak om sperrefrist som en obligatorisk følge av annen gangs domfellelse, innebærer straff i konvensjonens forstand. Jeg legger derfor dette til grunn, uten noen nærmere drøftelse av de såkalte Engel-kriteriene (nasjonal rubrisering, handlingens karakter og sanksjonens innhold og alvorlighetsgrad).

Det neste spørsmålet er om vedtaket om sperrefrist innebar en gjentakelse av straffeforfølgningen («again»). I Rt 2002 s. 1216 kom Høyesterett til at inndragningsvedtaket ikke var en gjentakelse av prosessen og at P7 art 4 nr. 1 dermed ikke var anvendelig. Det ble lagt avgjørende vekt på at inndragningen bygget direkte på straffedommen, ved at loven knytter to virkninger til samme handling. Den virkningen som kommer sist i tid, må imidlertid ha en viss tidsmessig nærhet til den første virkningen. Hva som nærmere ligger i dette, må avgjøres konkret. Høyesterett har formulert det slik: «[D]e ulike sanksjonene

må iverksettes i rimelig tidsmessig nærhet, uten ugrunnet passivitet». Formålet bak P7 art 4 nr. 1 er først og fremst å beskytte lovovertrederens legitime forventning om å kunne legge en sak bak seg. Dette innebærer at vurderingen av tidskravet også må se hen til hvorvidt det er vanlig kjent at virkning nummer to inntreffer som følge av virkning nummer en, herunder konkret om vedkommende er varslet om den etterfølgende virkningen. I den nevnte høyesterettsavgjørelsen gikk det 11 dager fra dommen til vedkommende ble varslet om inndragningssaken, og ytterligere to måneder til politiets vedtak forelå. Inndragningsvedtaket ble ikke ansett som noen gjentakelse av straffeforfølgningen, og var videre klart ikke i strid med EMK art 6 (1).

Jeg legger til grunn at det tidsrommet som skal vurderes i utgangspunktet må være tidsforløpet mellom dom og forhåndsvarsel. Det er ved forhåndsvarselet lovovertrederens forventning om å legge saken bak seg brytes.

I den foreliggende saken gikk det drøye tre måneder (99 dager) fra dommen ble rettskraftig til forhåndsvarsel ble sendt. Selv om dette er kritikkverdig lang tid, antar jeg at det må ligge innenfor rammen av P7 art 4 nr. 1. Jeg viser i denne forbindelse til ombudsmannsak nr. 2003–1105 og nr. 2003–1213, der det gikk henholdsvis 91 og 102 dager fra rettskraftig dom til forhåndsvarsel ble sendt. I denne forbindelse viser jeg til at det har vært allment kjent at førerkort blir inndratt ved domfellelser av den karakter det her er tale om.

Samtidighetskravet må sies å være oppfylt, slik at vedtaket om sperrefrist må anses som en direkte virkning av domfellelsen og således ikke innebar noen gjentakelse av prosessen. I denne saken kan det derfor ikke sies å foreligge brudd på dobbeltforfølgningsforbudet i P7 art 4 nr. 1.

Av det jeg foran har sagt om forholdet mellom tidskravet i P7 art 4 nr. 1 og EMK art 6 (1), betyr dette at det heller ikke kan antas å foreligge brudd på EMK art 6 (1).»

Fengselsforhold

38.

Plassering av flere innsatte på samme celle

(Sak 2004–1460)

På bakgrunn av en henvendelse fra Norsk fengsels- og friomsorgsforbund ble Kriminalomsorgens sentrale forvaltning bedt om å redegjøre for praksisen med å plassere flere innsatte på samme celle. Det ble vist til lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. § 17 første ledd tredje punktum som bestemmer at innsatte skal være i enerom om natten hvis ikke helsemessige forhold eller plassmangel er til hinder for det.

Ombudsmannen merket seg de redegjørelser sentralforvaltningen gav om praksisen, den eksisterende soningskø, og for den løpende vurdering som ble foretatt av ordningen, herunder en instruks som var gitt til regionene om at bruk av dublering skal være sikkerhetsmessig og helsemessig forsvarlig. Han ville følge situasjonen nøye, og ville ta problemstillingen opp i forbindelse med sine besøk til ulike fengsler. Ombudsmannen forutsatte at det i de fengsler som dublerte celler, var foretatt og fortløpende ville bli foretatt en forsvarlig helse- og sikkerhetsmessig vurdering av forholdene, samt at ordningen ville bli avvirket når forholdene ikke lenger gjorde den påkrevet.

Norsk fengsels- og friomsorgsforbund (NFF) ba ombudsmannen om å vurdere lovligheten av å la to eller flere innsatte dele rom. Forbundet anførte at dublering i dag er å regne som en permanent ordning, og at det ved flere anledninger hadde tatt saken opp med Justisdepartementet og de sentrale helsemyndighetene.

NFF viste blant annet til at Sosial- og helsedirektoratet i brev 7. februar 2003 ikke kunne anbefale at to eller flere innsatte plasseres på samme rom. Fra direktoratets brev hitsettes:

«Sosial- og helsedirektoratet holder fast ved prinsippet om at det ikke anbefales at to eller flere innsatte plasseres på samme rom. Begrunnelsen er den samme som ble gitt av Statens helse-tilsyn i november 2001. Dublering er spesielt ikke tilrådelig der den innsattes helsetilstand enten ikke er avklart eller der den innsatte har en kjent allmennfarlig smittsom sykdom som kan overføres gjennom «bofelleskap» med en annen innsatt.

Det er kommunene der fengslene ligger som med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven skal føre tilsyn med at de faktorer som direkte eller indirekte kan ha negative effekter på de innsattes helse. Bl.a. bør de hygieniske forhold i cellene vurderes for å motvirke at smittsomme sykdommer kan bli overført mellom de innsatte. Finner kommunen ved slikt tilsyn forhold i fengselet som direkte eller indirekte kan ha negativ innvirkning på den innsattes helse, kan det stilles krav om retting. Dette kan også gjelde forhold knyttet til dublering.

Kommunens utøvelse av sitt myndighetsansvar kan således bidra til at kravet om helsemessig forsvarlig soningsforhold sikres. Det understrekes samtidig at kravet til helsemessig forsvarlige soningsforhold primært er fengselsledelsens ansvar. Sosial- og helsedirektoratet vil understreke betydningen av et nært samarbeid mellom fengselsledelsen og den kommunale helsemyndighet også om disse forhold.»

Videre viste NFF til FN's «Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners art. 9 (1)»:

«Where sleeping accommodation is in individual cells or rooms, each prisoner shall occupy by night a cell or room by himself. If for special

reasons, such as temporary overcrowding, it becomes necessary for the central prison administration to make an exception to this rule, it is not desirable to have two prisoners in a cell or room.»

NFF viste videre til at selv om det finner sted dublering av celler også i andre vesteuropeiske land, burde Norge gå foran som det land som faktisk legger de ovennevnte retningslinjer til grunn for sin behandling av straffedømte.

I brev herfra ble Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) bedt om å redegjøre for praksisen med å plassere flere innsatte i samme celle i lys av det NFF hadde anført i sitt brev. Det ble i denne forbindelse vist til lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjenomføring av straff mv. § 17 første ledd tredje punktum som bestemmer at innsatte skal være i enerom om natten hvis ikke helsemessige forhold eller plassmangel er til hinder for det.

KSF ble videre bedt om å redegjøre for om en eventuell foreliggende plassmangel ble ansett å være et midlertidig problem eller av mer permanent art, eller om det var bygningsmessige forhold som eventuelt tilsa plassering av flere innsatte på samme celle. Det ble spurt om det forelå planer for å søke å forhindre at flere innsatte ble plassert på samme celle.

I sitt svar redegjorde KSF først for hjemmelssituasjonen og viste til at forarbeidene til straffegjennomføringsloven § 17 presiserer at dublering av innsatte eller bruk av flermannsrom kan skje ved plassmangel eller når helsemessige forhold gjør det utilrådelig at innsatte er alene. Fra brevet siteres videre:

«Retningslinjene til loven presiserer nærmere denne hovedregelen om at den enkelte innsatte skal ha sitt eget rom. Det heter videre i retningslinjene at to eller flere innsatte til tross for hovedregelen kan plasseres i samme rom dersom fengselets innredning eller plassforholdene gjør det nødvendig. Det samme gjelder dersom det er ønskelig av helsemessige grunner eller andre særlige forhold. Endelig heter det at dublering eller bruk av flermannsrom fortrinnsvis bør anvendes overfor innsatte med kortere straffedommer.»

KSF skrev at det fra straffegjennomføringsloven trådte i kraft har vært soningskø i Norge, og at dublering utelukkende har vært benyttet som tiltak for å redusere denne. Fra brevet hitsettes videre:

«Bruk av dublering fremstår som en midlertidig ordning og vil avvikles i henhold til tidligere praksis dersom soningskøen opphører.»

KSF viste til at det i deres brev 28. oktober 2002 til direktørene på regionalt nivå var presisert at bruk av dublering skulle være sikkerhetsmessig og helsemessig forsvarlig. I denne forbindelse var det også understreket at fengselet måtte ha tilstrekkelig bemanning, og at rommene måtte ha tilfredsstillende ventilasjon, lysforhold og plass. Videre var det un-

derstreket at dublering i tråd med forskriftene og retningslinjene til loven fortrinnsvis skulle brukes overfor innsatte med kortere dommer og som det var sikkerhetsmessig uproblematisk å plassere på samme rom.

Når det gjaldt bruken av flermannsrom, skrev KSF:

«Bruken av flermannsrom skyldes eksisterende bygningsmasse. Noen fengsler er bygget med flermannsrom og forutsetter derfor at flere innsatte plasseres på samme rom. Slik bruk fremstår som en permanent ordning.

(...)

KSF mener hjemmelen for bruk av flermannsrom i dagens situasjon med soningskø er helt klar, jf. nettopp plassmangelssituasjonen. Vi vurderer imidlertid om straffegjennomføringsloven § 17 bør endres slik at det i loyteksten gis uttrykkelig adgang til å plassere innsatte i flermannsrom dersom «helsemessige forhold, plassmangel eller bygningsmessige forhold» er til hinder for plassering i enerom. Dermed unngår vi en eventuell tolkningstvil knyttet til begrepet «plassmangel» og i den forbindelse bruk av flermannsrom som en permanent ordning uavhengig av en eventuell soningskø.»

Med hensyn til NFFs henvisning til FN's «Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners» påpekte KSF at prinsippene ikke er rettslig bindende, men at norske myndigheter bestreber seg på å følge disse, og at straffegjennomføringsloven er utformet under hensyntagen til prinsippene. KSF viste videre til at artikkel 9 uttrykkelig gjør unntak fra hovedregelen om at innsatte skal gjennomføre straff i eget rom i situasjoner med midlertidige kapasitetsproblemer.

KSF opplyste at det i perioden 1. januar 2003 til 30. juni 2003 hver måned har blitt dublert fra 26 til 39 celler på landsbasis, og at bruken av dublering på grunn av den nåværende soningskøen ville øke noe i løpet av 2003. KSF opplyste at det for tiden ble arbeidet med flere tiltak (nybygg, ombygninger og utvidelser) for å øke antallet fengselsplasser slik at dublering ikke ville bli nødvendig.

I sin kommentar til redegjørelsen fra KSF anførte NFF at det hadde vært motstander av dublering siden virkemiddelet ble tatt i bruk på slutten av 1980-tallet. Det ble også vist til at forbundet i sine høringsuttalelser til forskriftene til straffegjennomføringsloven hadde følgende merknad under pkt. 3.15:

«Siste avsnitt i forskriften bør omskrives da det legges opp til dublering. Forbundet er imot to innsatte på enmannsrom (dublering).»

Videre vedla NFF brev fra Statens helsetilsyn til Justisdepartementet 17. september 2001 og påpekte at forbundet delte tilsynets bekymring for at helsemessige forhold skulle kunne begrunne dublering. Forbundet påpekte i denne forbindelse at innsatte som på grunn av helsemessige forhold ikke kunne

være i enerom, burde ha tilsyn av helsepersonell enten ved overføring til sykehus eller sykeavdeling i fengselet.

Forbundet gjorde videre rede for noen konkrete eksempler på dublering ved ulike fengsler samt bruken av flermannsrom i Åna fengsel, og fastholdt sin påstand om at dublering var i strid med de europeiske fengselsregler.

NFF oversendte også en oversikt over omfanget av dublering i de ulike regionene utarbeidet av de respektive regionstillitsvalgte. Videre påpekte forbundet en del ytterligere problemer knyttet til dublering og bruk av flermannsrom, blant annet at helsevesenet har taushetsplikt om sykdommer, slik at den enkelte anstalt ikke nødvendigvis besitter slik informasjon når den beslutter å sette to innsatte på samme rom.

KSF ble deretter bedt om å kommentere forbundets seneste anførsler. Særlig ble det bedt om en kommentar til opplysningene om at Fredrikstad fengsel «triplerte» celler, og at ordningen med dublering var å anse som permanent så lenge det ikke var mulig å anslå om og eventuelt når soningskøen var avviklet.

KSF bekreftet at Fredrikstad fengsel hadde en celle der det i perioder var tre innsatte. Videre ble det understreket at det hele tiden hadde vært en forutsetning at bruken av dublering skulle være av tidsbegrenset karakter og at ordningen ville bli avviklet når det ikke lenger var behov for å benytte dublering som køtiltak. Det ble i denne forbindelse vist til at dublering også ble brukt tidlig på 90-tallet, og at ordningen den gangen ble stoppet når soningskøen var avviklet.

NFF kom deretter tilbake til saken og viste blant annet til at kommunelegen i Gjøvik hadde konkludert med at dublering av cellene i Gjøvik fengsel innebar en ikke uvesentlig helserisiko. NFF anførte at situasjonen antakelig ikke var særlig forskjellig i de øvrige fengslene som dublerer. Videre vedla NFF et brev 17. november 2003 fra Åna funksjonærforening der funksjonærforeningen uttrykte kritikk mot forholdene i fengselets firemannsceller og de tiltak regionen hadde iverksatt i denne forbindelse.

I mitt avsluttende brev til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning uttalte jeg:

«Straffegjennomføringsloven § 17 første ledd tredje punktum lyder:

«Innsatte skal være i enerom om natten hvis ikke helsemessige forhold eller plassmangel er til hinder for det.»

I lovforarbeidene er det i Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) på side 16 vist til Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 som slår fast at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse, men at inngrep i denne

rettighet kan skje der det er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. Fra proposisjonen siteres:

«Selve gjennomføringen av straffen medfører inngrep i denne retten, men omfanget av inngrepet må vurderes individuelt. Innsatte må sikres et visst minimum av privatliv og inngrepene må ikke gå lenger enn nødvendig.»

På side 156 i proposisjonen er det knyttet følgende kommentarer til lovens § 17 første ledd:

«Innsatte har som hovedregel krav på eget rom, men plassmangel eller helsemessige forhold kan begrunne unntak. Dublering av innsatte eller bruk av flermannsrom kan skje ved plassmangel eller når helsemessige forhold gjør det utilrådelig at innsatte er alene. Dublering bør fortrinnsvis anvendes overfor innsatte med kortere straffedommer.»

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven, fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 pkt. 3.15, slås det fast at hver innsatt som hovedregel skal ha sitt eget rom. Det heter imidlertid at to eller flere innsatte kan plasseres i samme rom dersom fengselets innredning eller plassforholdene gjør det nødvendig. Det samme gjelder dersom det er ønskelig av helsemessige grunner eller andre særlige forhold.

Artikkel 14 i De europeiske fengselsregler, fastsatt av Europarådet 12. februar 1987 lyder i sin engelske form:

«1. Prisoners shall normally be lodged during the night in individual cells except in cases where it is considered that there are advantages in sharing accommodation with other prisoners.

2. Where accommodation is shared it shall be occupied by prisoners suitable to associate with others in those conditions. There shall be supervision by night, in keeping with the nature of the institution.»

De europeiske fengselsregler er ikke rettslig bindende, men det er forutsatt at medlemslandene bestreber seg på å følge prinsippene i sin interne lovgivning.

KSF har i forbindelse med min undersøkelse av saken, gitt forholdsvis omfattende redegjørelser for den gjeldende praksis med dublering og bruk av flermannsrom i norske fengsler. Jeg har forstått KSF slik at bruk av dublering (det å plassere to innsatte på rom som opprinnelig er innredet for en innsatt) er å anse som en midlertidig ordning, og at ordningen vil bli avviklet når det ikke lenger er behov for den. Plassering av flere innsatte på flermannsrom skyldes innredningen i noen fengsler, og er etter det jeg for-

står, å anse som en permanent ordning i disse fengslene.

KSF har videre opplyst at det hele tiden vil foretas en løpende vurdering av hvor lenge ordningen med dublering skal benyttes. I denne vurderingen vil blant annet de eventuelle ulemper dublering medfører måtte ses i forhold til problemet med den eksisterende soningskøen. KSF har i brev 28. oktober 2002 til direktørene på regionalt nivå presisert at dublering skal være sikkerhetsmessig og helsemessig forsvarlig. NFF har oversendt kopi av rapport 30. oktober 2003 fra kommunelegens inspeksjon i Gjøvik fengsel der han konkluderer med at innklimaet i de dublerede cellene og uklar helsestatus hos de innsatte, innebærer en ikke uvesentlig helserisiko. Han ber videre om en tilbakemelding på hvordan fengselet vil rette forholdet.

Jeg har merket meg de redegjørelser KSF har gitt om dagens praksis og for den løpende vurdering som foretas av ordningen, herunder instruksjonen som er gitt til regionene om at bruk av dublering må være sikkerhetsmessig og helsemessig forsvarlig. Jeg vil nøye følge situasjonen i tiden som kommer, og vil også ta problemstillingen opp i forbindelse med mine besøk til ulike fengsler. Jeg forutsetter at det i de fengsler som dublerer celler, er foretatt og fortløpende foretas en forsvarlig helse- og sikkerhetsmessig vurdering av forholdene.

Straffegjennomføringslovens ordlyd og forarbeider sammenholdt med de anbefalinger som følger av de europeiske fengselsregler, tilsier at dublering ikke blir etablert som en permanent ordning. Det må være en forutsetning at ordningen blir avvirket når forholdene ikke lenger gjør det påkrevet med dublering. Jeg legger derfor avgjørende vekt på forsikringen fra KSF om at forutsetningen hele tiden har vært at ordningen skal være av midlertidig art, og at det blir arbeidet med konkrete tiltak for å øke antallet fengselsplasser slik at dublering ikke blir nødvendig.

Det som kanskje gir størst grunn til bekymring, er den helserisiko dublering kan innebære. Ved siden av faren for smitte, har man den psykiske belastning det kan innebære å være plassert flere sammen i en celle som er dimensjonert for en enkelt innsatt. Jeg viser i denne sammenheng til kommunelegens rapport om forholdene i Gjøvik fengsel der han konkluderte med at innklimaet i de dublerede cellene og uklar helsestatus hos de innsatte, innebar en ikke uvesentlig risiko. Kommunelegen bad om en tilbakemelding på hvordan fengselet ville rette forholdet. Sosial- og helsedirektoratet har understreket betydningen av et nært samarbeid mellom fengselsmyndighetene og de kommunale helsemyndigheter. I artikkel 15 i de europeiske fengselsregler fremgår det at innkvarteringen av innsatte, spesielt rom der de innsatte skal sove, skal være helsemessig forsvarlig mht. hygiene, plass, lys, luft, varme og ventilasjon. Jeg må derfor be om at de helsemessige sidene ved dublering blir fulgt opp særlig nøye. Dublering må

kun anvendes for innsatte som soner kortere fengselsstraffer.

Det jeg har anført ovenfor, gjør seg også i noen grad gjeldende for flermannsrom. Lovens utgangspunkt om at innsatte skal plasseres på enerom, gjelder generelt. Det samme gjelder anbefalingene i de europeiske fengselsregler og kravet til respekt for privatlivet som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8. Det vil likevel være forhastet å kreve at all bruk av flermannsrom i norske fengsler skal avskaffes. Jeg forutsetter imidlertid at fengselsmyndighetene har spørsmålet til løpende vurdering. Det bør tas særlig hensyn til de helsemessige sider og de innsattes og tjenestemennenes sikkerhet.»

39.

Disiplinærvedtak i fengsel

(Sak 2004–1749)

En innsatt ble ilagt en disiplinærreaksjon i form av åtte dagers utelukkelse fra fritidsfelleskapet, samt tap av retten til å ha fjernsyn på rommet i samme periode. Bakgrunnen for vedtaket var at det under visitasjon ble funnet et SIM-kort til mobiltelefon på den innsattes celle. Den innsatte gjorde gjeldende at vedtaket var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil ved at kriminalomsorgen hadde anvendt feil beviskrav. Det ble anført at det måtte gjelde samme beviskrav ved avgjørelser om disiplinærvedtak som i strafferetten.

Ombudsmannen kom til at disiplinærvedtaket ikke var ugyldig, men at vedtaket burde ha vært klare med hensyn til hvilke bestemmelser/forbud som var overtrådt, jf. forvaltningsloven § 25 første ledd første punktum. Han fremhevet betydningen av at innsatte ved innsettelsen gis tilstrekkelig og klar informasjon om ordensregler i fengselet og om følgene av brudd på regelverket, og anbefalte klargjøring og presisering av regelverket på dette punktet. Ombudsmannen fant ikke at den innsatte kunne høres med at han ikke kjente til at et SIM-kort på samme måte som mobiltelefonapparatet måtte avleveres til oppbevaring på effektlageret. Ombudsmannen gav videre uttrykk for at beviskravet ved disiplinærvedtak kan variere avhengig av den aktuelle reaksjonens innhold og formål, samt hvilke konsekvenser reaksjonen får for den innsatte i det konkrete tilfellet. Han anmodet departementet om en klargjøring av retningslinjene til straffegjennomføringsloven på dette punkt i lys av drøftelsene i saken.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning opplyste etter dette at retningslinjene til straffegjennomføringsloven for tiden er under revisjon, og at forslag til endringer skal sendes på høring i begynnelsen av 2005. Det ble antydnet enkelte forslag til endringer som etter Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings

oppfatning ville imøtekomme de innsigelser som ombudsmannen hadde gitt uttrykk for.

Et fengsel ila en innsatt en disiplinærreaksjon i form av åtte dagers utelukkelse fra fritidsfellesskapet, samt tap av retten til å ha fjernsyn på rommet i samme periode. Bakgrunnen for vedtaket var at det under visitasjon ble funnet et SIM-kort til mobiltelefon på den innsattes celle. Som lovgrunnlag for disiplinærreaksjonen var det vist til straffegjennomføringsloven § 40 og lovens forskrift § 3–37. Vedtaket ble stadfestet av regionalt nivå.

Den innsatte klaget regionens vedtak inn for ombudsmannen. Det ble anført at vedtaket var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil, og det ble bl.a. gjort gjeldende at kriminalomsorgen hadde anvendt feil beviskrav og at det måtte gjelde samme beviskrav ved avgjørelser om disiplinærstraff som i strafferetten.

Det ble bestemt at klagen skulle forelegges regionalt nivå. Regionen ble bedt om å redegjøre nærmere for hjemmelsgrunnlaget for reaksjonen, og for hvilke regler som er gitt med hensyn til hvilke gjenstander innsatte kan ta med seg inn i fengselet. Ombudsmannen ba også om regionens vurdering av den begrunnelse som var gitt sett i lys av kravene til hjemmelshenvisning i forvaltningsloven § 25 første ledd. Videre ble det bedt om en nærmere redegjørelse for bevisvurderingen, og for hvilke beviskrav som etter regionens syn gjelder i slike saker. Det ble bl.a. vist til ombudsmannens uttalelser referert i ombudsmannens årsmeldinger 2002 på side 215, 1999 på side 228 og 1990 på side 67.

I svarbrevet opplyste regionen at hjemmelsgrunnlaget for reaksjonen var straffegjennomføringsloven § 40. Regionen viste også til innhentet uttalelse fra fengselet, hvor det bl.a. var redegjort nærmere for hjemmelsgrunnlaget for reaksjonen. Fengselet opplyste at det i medhold av straffegjennomføringsloven § 26 første ledd, jf. forskrift til straffegjennomføringsloven § 3–19, hadde utarbeidet et effektskjema som positivt anga hvilke gjenstander som kunne tas med på cellen. Dersom innsatte ønsket andre gjenstander på cellen enn de som er nevnt i effektskjemaet, måtte det søkes om dette. Fengselet var «av den oppfatning at det fremgår av straffegjennomføringsloven og tilhørende regelverk at det ikke er tillatt å oppbevare mobiltelefoner og utstyr til slike på den enkelte celle». Det ble også vist til straffegjennomføringsloven § 32.

Vedrørende beviskravet kunne fengselet under henvisning til punkt 3.43 i retningslinjene til straffegjennomføringsloven, vanskelig se at det gjelder tilsvarende beviskrav ved ileggelse av disiplinærsanksjoner i medhold av straffegjennomføringsloven § 40 som i strafferetten. Det ble også vist til Ot.prp. nr. 5 (2000 – 2001) s. 166. Vedrørende ombudsmannsuttalelsene som det var vist til herfra, viste fengselet til brev fra Kriminalomsorgens sentrale

forvaltning, der det ble lagt til grunn at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Fengselet viste også til Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt 2003 s. 1100.

Fengselet og regionen gjorde videre rede for bevisvurderingen i den innsattes sak. Det ble bl.a. opplyst at SIM-kortet var pakket inn i papir og tape, og at pakken var festet med tape på innsiden av en lomme i innsattes kalkulatorfuttal, noe som talte for at SIM-kortet var forsøkt skjult. Det ble videre anført at SIM-kortet var benyttet samme dag den innsatte ble pågrepet av politiet. Ut fra en helhetsvurdering anså fengselet det overveiende sannsynlig at den innsatte bevisst hadde innført og oppbevart SIM-kortet på cellen i fengselet.

Ombudsmannen fant etter dette grunn til å ta saken opp med Justisdepartementet, som ble bedt om å redegjøre for om fengselets effektskjema er «bestemmelser» i henhold til straffegjennomføringsloven § 26 og forskriften § 3–19, og i bekreftende fall opplyse om skjemaet er tilstrekkelig klart, informativt mv. Det ble videre bedt om departementets syn på spørsmålet om beviskrav. Ombudsmannen spurte bl.a. om det kan være at noen av disiplinærreaksjonene, for eksempel utelukkelse fra fritidsfellesskapet etter § 40 annet ledd bokstav d), er av en slik art og har et slikt formål at det kan tenkes å medføre at beviskravet skjerpes. Det ble bl.a. vist til Høyesteretts kjennelse 2. september 2003 og hensynene bak uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK) art. 6 nr. 2.

Justisdepartementet gjorde i svaret rede for bestemmelsene i lov, forskrift og retningslinjer om innsattes adgang til å ta med gjenstander inn i fengselet og på cellen. Reglene innebærer at det ikke er tillatt å medbringe gjenstander uten at det er gitt tillatelse. Om fengselets effektskjema uttalte departementet:

«Vi anser det aktuelle effektskjemaet som benyttes i fengselet som slike «bestemmelser» som kan gis med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 26 og forskriften § 3–19. Det fremgår av effektskjemaet hvilke gjenstander som kan medtas på rommet, samt i noen grad hvilke gjenstander som må oppbevares på effektlageret i fengselet. Effektskjemaet gir dermed forutsigbarhet for de innsatte, samtidig som det åpner for nødvendig fleksibilitet, ikke minst med hensyn til varierende grad av lagerkapasitet. Ved at skjemaet gjennomgås og fylles ut sammen med den innsatte, økes etter vår oppfatning fleksibiliteten.

Vi har imidlertid understreket overfor fengselet at dagens effektskjema ikke er oppdatert etter at straffegjennomføringsloven trådte i kraft. Skjemaet er nå endret og vil etter det opplyste bli tatt i bruk fra 1. juni 2004.»

I innhentet uttalelse fra fengselet var det presisert at effektskjemaet regulerer adgangen til å ha gjenstander på cellen, ikke i fengselet som sådan. Fengselet viste også til vedlagt informasjonsbrosjyre,

som gis til alle nyinnsatte. Et eksemplar av det nye effektskjemaet fulgte også vedlagt.

Om beviskravet uttalte Justisdepartementet i svaret hit:

«Med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 40 kan det ilegges reaksjon på ulike brudd. Formålet med reaksjonssystemet er blant annet å sikre ro, orden og disiplin og markere grensene for akseptabel opptreden under straffegjennomføringen, samt å forebygge uønsket atferd i fengslene og å forebygge ny kriminalitet. Reaksjonssystemet har dermed en allmenn- og individualpreventiv virkning, selv om reaksjonssystemet også virker pønalt.

Det fremkommer som kjent av Ot. prp. nr 5 (2000–2001) Om lov om gjennomføring av straff mv. at det forutsetningsvis kreves at det er sannsynlig (alminnelig sannsynlighetsovervekt) for at det er begått en handling som kvalifiserer til en reaksjon for at reaksjon kan ilegges.

I likhet med Sivilombudsmannen, viser vi til Høyesteretts kjennelse av 2. september 2003 der det uttales at ingen av de disiplinærreaksjoner som straffegjennomføringsloven § 40 gir adgang til å anvende, kan anses som straff i forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

Sivilombudsmannens uttalelser vedrørende beviskrav gjengitt i årsmeldingene fra 2000, 1999 og 1990 gjelder alle reaksjoner ilagt i medhold av fengselsloven. Etter vår oppfatning er spørsmålet om beviskrav klart etter ikrafttredelsen av straffegjennomføringsloven. Etter norsk rett anses ikke reaksjon på brudd i medhold av straffegjennomføringsloven § 40 som straff. EMK artikkel 6 nr 2 får dermed etter vår oppfatning ikke direkte anvendelse i saker om reaksjon på brudd.

De aktuelle reaksjonene som kan ilegges varierer sterkt i omfang og konsekvens, og i gitte situasjoner kan en reaksjon være meget inngripende og få store konsekvenser for innsatte. Selv om straffegjennomføringsloven og forskriften ikke direkte åpner for et skjerpet beviskrav i gitte situasjoner, innebærer retningslinjene at det i konkrete tilfeller i praksis legges et skjerpet beviskrav til grunn.

I retningslinjene vedrørende beviskrav heter det i punkt 3.43 at «...det er i utgangspunktet tilstrekkelig for å ilegge en reaksjon at det objektivt sett foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at en innsatt har begått en handling som kvalifiserer til en reaksjon (mer enn 50 %) ... rimelig tvil om de faktiske forhold skal komme innsatte til gode...»

Beviskravet er understreket på følgende måte:

«Dersom det i en konkret sak er påstand mot påstand og det ikke finnes tilleggs momenter som gjør den ene påstanden mer sannsynlig enn den andre, skal det ikke ilegges reaksjon.»

Begrepet «...i utgangspunktet...» er brukt meget bevisst og innebærer at det i praksis kan kreves et noe strengere beviskrav i særlige tilfeller. I denne vurderingen vil alvorligheten i det brudd som er begått være særlig sentralt. Konsekvensene av alvorlige brudd vil naturlig nok normalt være større enn ved mer bagatellmessige brudd,

og dermed kan i praksis overtredelsens art gjøre at det stilles et strengere beviskrav.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Hjemmelsgrunnlaget – begrunnelsen

Ileggelse av disiplinærreaksjon er et enkeltvedtak som er undergitt reglene om begrunnelse i forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 24 og 25. Det følger av § 25 første ledd første punktum at det i begrunnelsen normalt skal vises til de rettsregler som vedtaket bygger på. Ved ileggelse av disiplinærreaksjon vil det gjerne være de regler som er overtrådt og reaksjonsbestemmelsen.

I fengselets vedtak het det at den innsatte skal ha «brutt reglene for ro, orden og disiplin eller forutsetninger og vilkår fastsatt i eller i medhold av straffegjennomføringsloven». Det ble vist til straffegjennomføringsloven § 40 annet ledd bokstav d) og § 40 fjerde ledd, jf. forskrift til straffegjennomføringsloven § 3–37 annet ledd. I regionens klagevedtak ble innholdet i straffegjennomføringsloven § 26 første og annet ledd gjengitt, og regionen fant det godtgjort at klageren hadde brutt reglene etter denne bestemmelsen. § 26 første ledd lyder:

«Kriminalomsorgen kan ut fra hensynet til ro, orden og sikkerhet gi bestemmelser om hvilke gjenstander som det er tillatt å ta med inn eller ut av fengsel.»

Det er i saken vist til straffegjennomføringslovens reaksjonsbestemmelser i § 40 samt lovens hjemmel i § 26 til å gi bestemmelser om hvilke gjenstander som det er tillatt å ta med inn eller ut av fengsel. Verken i vedtaket eller klagevedtaket er det vist til hvilke forbud som er overtrådt.

Det følger av forskriften § 3–19 første ledd første punktum at det ligger til lokalt nivå å gi «nærmere bestemmelser om hvilke gjenstander og hvor mange gjenstander som tillates tatt med på rommet». Justisdepartementet har på spørsmål herfra opplyst at effektskjemaet som brukes ved innsettelse i fengselet inneholder en presisering og klargjøring av de «nærmere bestemmelser» som dermed er gitt i forskriftsbestemmelsens forstand. Det fremgår av skjemaet hva som skal oppbevares på effektlageret og hva som ble utlevert på cellen. Skjemaet fylles ut sammen med den innsatte ved innsettelsen. I utgangspunktet er skjemaet uttømmende med hensyn til hvilke gjenstander som tillates medbrakt på cella.

Straffegjennomføringsloven § 26 og forskriften § 3–19 inneholder med andre ord ikke uttrykkelige bestemmelser om hvilke gjenstander som det er tillatt å bringe inn på cella. Dette følger etter departementets opplysning av effektskjemaet. Fengselet og regionen burde i vedtakene ha vist til de bestemmelser som fremgikk av effektskjemaet, idet det var dette som i dette tilfellet representerte den konkrete bestemmelsen som var overtrådt. Kravet om hjem-

melshenvisning i forvaltningsloven § 25 første ledd gjelder ikke bare lov og forskrift, men også andre rettsregler. Det var med andre ord truffet bestemmelse om at mobiltelefon i tilfelle skulle oppbevares på effektlageret.

Et SIM-kort (Subscriber Identity Module) er en utstyrsenhet som identifiserer en mobiltelefonabonnent. Kortet er alltid tilknyttet et abonnement, og kan ikke kjøpes uten samtidig å tegne abonnement. SIM-kortet er derfor en helt nødvendig bestanddel i en mobiltelefon. Kortet kan brukes på andre mobilapparater.

Spørsmålet er så om det må anses å følge av bestemmelsen om at mobiltelefoner skal oppbevares på effektlageret, at også SIM-kort til mobiltelefoner skal oppbevares på samme måten. SIM-kortene er som nevnt en utstyrsenhet som er knyttet til et abonnement for mobiltelefon og utgjør derfor en nødvendig bestanddel av en mobiltelefon for at den skal kunne fungere. Et SIM-kort kan således være av stor praktisk betydning for en som vil bruke en mobiltelefon. Når det er bestemt at mobiltelefoner skal oppbevares på effektlageret, må det derfor være klart at også et SIM-kort hører hjemme der. På denne bakgrunn kan derfor en innsatt vanskelig høres med at han ikke kjente til at et SIM-kort på samme måte som mobiltelefonapparatet, måtte avleveres til oppbevaring på effektlageret. Dette burde imidlertid ha vært presisert og klargjort i vedtaket, jf. forvaltningsloven § 25 første ledd første punktum.

Jeg viser i denne forbindelse også til at et forbud mot å ha mobiltelefonutstyr i fengselet forutsetningsvis følger av reglene om telefonsamtaler i straffegjennomføringsloven § 32, forskriften § 3–29 og fengselets «Informasjonshefte for innsatte» pkt. 7. Selv om de innsatte skal kunne telefonere, jf. straffegjennomføringsloven § 32, skal dette skje kontrollert, avhengig av fengselets sikkerhetsnivå. Det må derfor antas å være alminnelig kjent at innsatte ikke har adgang til å nytte mobiltelefon i fengselet, og at dette fremgår av den informasjon som gis ved innsettelse.

Det er i denne sammenheng av betydning at effektskjemaet er tilstrekkelig klart og informativt, slik at de innsatte kan innrette seg og forutberegne sin rettsstilling. Jeg har merket meg at Kriminalomsorgen også synes å være klar over betydningen av at innsatte ved innsettelse gis tilstrekkelig informasjon om ordensregler mv. i fengselet, og om følgene av brudd på reglene.

Etter min mening bør det arbeides med en klargjøring og presisering av regelverket på dette punkt.

2. Beviskrav

I saken referert i ombudsmannens årsmelding for 1990 s. 67 sluttet ombudsmannen seg til uttalelser fra Fengselsstyret om at det ved ileggelse av refselse etter tidligere fengselslov 12. desember 1958 nr. 7

§ 26 måtte stilles krav til en rimelig høy grad av sikkerhet med hensyn til det faktiske hendelsesforløp for å kunne ilegge refselse. Ombudsmannen la til grunn at dette innebar at det bevisbyrdeprinsipp som gjelder i strafferetten også gjaldt ved ileggelse av refselse, dvs. at enhver rimelig tvil om de faktiske forhold skulle komme den innsatte til gode. I senere saker under fengselsloven har jeg lagt dette standpunktet til grunn.

Straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 40 hjemler bruk av reaksjoner ved brudd på regler om gjennomføring av straff. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

«Kriminalomsorgen kan ilegge reaksjon etter denne bestemmelse dersom innsatte forsettlig eller uaktsomt har brutt reglene for ro, orden og disiplin eller forutsetninger og vilkår fastsatt i eller i medhold av denne loven. Dette omfatter brudd som er begått under midlertidig fravær fra fengsel eller under transport til og fra fengsel. Reaksjon kan også besluttes overfor den som har medvirket til brudd.

Følgende reaksjoner kan anvendes

- a) skriftlig irettesettelse,
- b) tap av dagpenger i en bestemt periode,
- c) tap av begunstigelse,
- d) utelukkelse fra fritidsfelleskapet eller andre aktiviteter i fritiden for et tidsrom av inntil 20 dager for brudd som utmåles i samme reaksjonssak, eller
- e) tap av adgang til permisjon for et tidsrom av inntil fire måneder.»

Bestemmelsens ordlyd gir liten veiledning med hensyn til hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av disiplinærreaksjoner. I kommentarene til § 40 (Ot.prp. nr. 5 (2000 – 2001) s. 166 første spalte) er det uttalt:

«Forutsetningsvis kreves det at det er sannsynlig at det er begått en handling som kvalifiserer til en reaksjon (alminnelig sannsynlighetsovervekt) for at reaksjon kan ilegges. Tilfeller der påstand står mot påstand, og hvor ikke tilleggs momenter gjør den ene påstand mer sannsynlig enn den andre, skal ikke medføre reaksjon.»

Lovgiver synes her å legge til grunn at det under det gjeldende regelverket i utgangspunktet er tilstrekkelig at det er mer sannsynlig at det har skjedd en overtredelse enn at det ikke har det, for at reaksjon skal kunne ilegges. Forholdet til beviskravene under den tidligere fengselsloven er ikke drøftet, og det fremgår ikke om spørsmålets prinsipielle sider har vært vurdert av lovgiver. Justiskomiteen hadde ikke merknader til spørsmålet om beviskrav, jf. Innst. O. nr. 60 (2000 – 2001) s. 27.

Med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 5 og forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 § 7–1 har Kriminalomsorgens sentrale forvaltning gitt retningslinjer for praktiseringen. I pkt. 3.43 i retningslinjene heter det:

«Det er i utgangspunktet tilstrekkelig for å ilegge en reaksjon at det objektivt sett foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at en innsatt har begått en handling som kvalifiserer til en reaksjon (mer enn 50 %), slik at det mest sannsynlige hendelsesforløp legges til grunn. Rimelig tvil om de faktiske forhold skal komme innsatte til gode.

Dersom det i en konkret sak er påstand mot påstand og det ikke finnes tilleggsmomenter som gjør den ene påstanden mer sannsynlig enn den andre, skal det ikke ilegges reaksjon.»

Klageren har anført at formuleringen om at «[r]imelig tvil om de faktiske forhold skal komme innsatte til gode» står i motstrid til det øvrige innholdet, idet setningen synes å vise til det strafferettslige beviskravet. Selv om retningslinjenes utforming på dette punktet kan synes å vise til uttrykk som vanligvis brukes om det strafferettslige beviskravet, kan de ikke tas til inntekt for at det alltid gjelder et strafferettslig beviskrav i saker om disiplinærreaksjoner. Etter mitt syn må retningslinjene leses i lys av forarbeidene og de bakenforliggende hensyn, og et skjerpet beviskrav må heller følge av den aktuelle reaksjonens innhold og formål, samt hvilke konsekvenser reaksjonen får for den innsatte i det konkrete tilfellet.

Justisdepartementet har uttalt i sitt svar hit at spørsmålet om beviskrav er klart etter ikrafttredelsen av straffegjennomføringsloven. Dersom denne uttalelsen innebærer at departementet alltid anser det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å ilegge reaksjon etter § 40, kan jeg ikke uten videre anse meg enig i dette. Etter min vurdering kan ikke den knappe uttalelsen i forarbeidene på side 166 alene tas til inntekt for et slikt syn. På den annen side kan reelle grunner tilsi at det i hvert fall for enkelte av reaksjonsformene i § 40 vil være forsvarlig å anvende et mildere beviskrav enn under fengselsloven. Især innsettelse i enerom og frihetsberøvelse i form av tillegg i straffetiden, jf. fengselsloven § 26 første ledd nr. 4 og 5, var klart mer inngripende reaksjoner med et langt sterkere pønalt preg enn reaksjonene som straffegjennomføringsloven § 40 gir anvisning på. Fengselslovens adgang til utelukkelse fra arbeid og inndragning av godskrevne arbeidspenger var også inngripende reaksjoner for den enkelte innsatte. Innholdet og alvoret i disse reaksjonene i fengselsloven tilsa således et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det samme gjelder nødvendigvis ikke for alle reaksjonene etter straffegjennomføringsloven § 40. Ut fra en del av reaksjonenes relativt lite inngripende karakter er det usikkert om de rettssikkerhetshensyn som begrunner et skjerpet beviskrav, normalt vil gjøre seg gjeldende i særlig grad. I vurderingen av spørsmålet om beviskrav etter straffegjennomføringsloven må det også tas hensyn til at det ikke lenger er adgang til ubegrenset å kombinere forskjellige reaksjoner, slik tilfellet var etter fengselsloven. Hovedregelen er nå at

det skal gis én reaksjon selv om det er begått flere brudd. Det er heller ikke lenger som hovedregel adgang til å kombinere overføring til et mer restriktivt fengsel med reaksjon etter § 40.

I kjennelsen inntatt i Rt 2003 s. 1100 har Høyesterett uttalt at ingen av disiplinærreaksjonene i straffegjennomføringsloven § 40 anses som straff i forhold til EMK. Høyesterett har lagt vekt på at formålet med slike disiplinærreaksjoner «ikke først og fremst er av pønalt karakter, men å opprettholde ro og orden innenfor fengselet». Denne saken gjaldt imidlertid spørsmålet om overtredelse av forbudet mot dobbeltstraff i EMK protokoll 7 artikkel 4, og uttalelsen kan således ikke tillegges direkte betydning for spørsmålet om hvilke beviskrav som skal gjelde ved ileggelse av disiplinærreaksjoner etter straffegjennomføringsloven § 40.

Jeg finner det imidlertid klart at det også undertiden vil kunne være grunn til å nytte et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt også ved ileggelse av reaksjoner etter straffegjennomføringsloven § 40. Ved ileggelse av mer inngripende reaksjoner for den enkelte bør det ut fra rettssikkerhetshensyn kreves høy grad av sannsynlighet for at de faktiske forhold har funnet sted. Et skjerpet beviskrav i slike tilfeller synes best i samsvar med alminnelige prinsipper for bruk av forvaltnings sanksjoner, jf. bl.a. NOU 2003: 15 Fra bot til bedring pkt. 12.3.3. Dette synet har også støtte i teorien, jf. bl.a. Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring*, Kristiansand 2003, s. 162 – 163. Etter mitt syn kan for eksempel tap av adgang til permisjon etter straffegjennomføringsloven § 40 annet ledd bokstav e) være av en slik art at beviskravet skjerpes.

Slik jeg forstår Justisdepartementets brev hit og punkt 3.3.4 i retningslinjene, er også departementet av den oppfatning at det i konkrete tilfeller bør legges et skjerpet beviskrav til grunn. Departementet viser til at de reaksjonene som kan ilegges varierer sterkt i omfang og konsekvens, og at en reaksjon i gitte situasjoner kan være meget inngripende og få store konsekvenser for den innsatte.

Justisdepartementet har fremholdt at retningslinjene slik de lyder i dag, åpner for forskjellige beviskrav ut fra reaksjonens alvor mv., idet det i henhold til retningslinjene «i utgangspunktet» er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Etter mitt syn kunne retningslinjene med hell vært klarere på dette punktet, og det kan være grunn til å reformulere og utdype avsnittet om beviskrav i lys av drøftelsene ovenfor.

Jeg ber om å bli orientert om hva departementet foretar seg med hensyn til klargjøring av retningslinjene til straffegjennomføringsloven.

I klagen hit er det anført at regionens vedtak om ileggelse av disiplinærreaksjon overfor den innsatte er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil fordi det er anvendt feil beviskrav.

Regionen fant det i klagevedtaket «godtgjort at

innsatte har brutt reglene etter straffegjennomføringsloven § 26». Det ble lagt til grunn at den innsatte var «vel vitende om hvor kortet befant seg ved innsettelsen». Det ble videre vist til uttalelse fra fengselet, der det ble redegjort for fengselets oppfatning av faktum. Fengselet viste til at SIM-kortet ble funnet under visitasjon på innsattes celle. Kortet var pakket inn i papir og tape, og denne «pakken» var festet på innsiden av en liten lomme i innsattes kalkulatorfuttal. Dette ble av fengselet ansett for å være «et klart tegn på at innsatte bevisst har forsøkt å medbringe det aktuelle kortet inn i fengselet, samt å unndra det fra den kontroll som foretas av hans eiendeler». Det er unødvendig å ta stilling til om den innsatte bevisst brakte SIM-kortet inn i fengselet. Av det som fremgår foran er det tilstrekkelig for å ilegge en disiplinærreaksjon at den innsatte burde ha visst at SIM-kortet skulle ha vært avlevert til oppbevaring i effektlageret, jf. ordlyden «forsettlig eller uaktsomt» etter straffegjennomføringsloven § 40 første ledd.

Jeg har etter dette ikke funnet rettslig grunnlag for å fastslå at disiplinærvedtaket er ugyldig.»

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning opplyste etter dette at retningslinjene til straffegjennomføringsloven for tiden er under revisjon. Forslaget til endringer skal etter planen sendes på høring i begynnelsen av 2005. Det ble antydnet enkelte forslag til endringer som etter Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings oppfatning ville imøtekomme de innsigelser som ombudsmannen hadde gitt uttrykk for.

40.

Søknad om soningsavbrudd eller velferdspemisjon – saksbehandlingstid og underretning om vedtak

(Sak 2004/1255)

En innsatt (A) i Ringerike fengsel søkte om soningsavbrudd for å delta i en hovedforhandling i en straffesak. Han fikk avslag, som han påklaget. Regionen behandlet klagen kort tid før hovedforhandlingen tok til, men A fikk først underretning om vedtaket midtveis i forhandlingen. A anførte i klagen til ombudsmannen at fengselet hadde trenert saken.

Ombudsmannen uttalte at det var uheldig at A først fikk meddelelse om klagevedtaket etter at hovedforhandlingen hadde startet. A hadde fremmet søknaden så vidt tidlig at han under normale omstendigheter kunne forvente vedtak og meddelelse om dette i rimelig tid før den aktuelle datoen. Ombudsmannen la til grunn at regionen ikke sendte klagevedtaket på telefaks eller brukte muligheten til å gi muntlig underretning. Behandlingen av saken var utilfredsstillende ved kombinasjonen av lang behandlingstid i fengselet og regionens oversendelse med vanlig postgang.

A søkte 23. september 2003 om soningsavbrudd i anledning hovedforhandling i en straffesak i tidsrommet 25.–28. november 2003. Søknaden ble avslått av Ringerike fengsel 26. oktober 2003. A klaget på vedtaket to dager senere. Fengselet foretok forbedrende klagebehandling, og oversendte saken til Kriminalomsorgen region sør 17. november 2003. Regionen stadfestet avslaget fredag 21. november 2003. Avslaget ble registrert innkommet i fengselet først tirsdag 25. november 2003, og det ble meddelt A 26. november 2003, midtveis i hovedforhandlingen.

As klage på avslaget inneholdt også et ønske om velferdspemisjon under hovedforhandlingen, som et alternativ til soningsavbrudd. Dette oppfattet fengselet som en subsidiær søknad om permisjon, og meddelte A at søknaden «vil bli behandlet som en egen sak». Formelt avslag forelå 4. desember 2003.

I klagen til ombudsmannen anførte A i det vesentlige at fengselets saksbehandlingstid var en trenering av saken. A reagerte på behandlingstiden både i første runde og under den forberedende klagebehandling.

Klagen ble herfra forelagt Kriminalomsorgen region sør. Det ble bedt om en redegjørelse for fengselets behandling av både saken om soningsavbrudd og saken om velferdspemisjon, særlig knyttet til behandlingstiden. Videre ble det bedt om en redegjørelse for fengselets prioritering av saker mer generelt, og søknader knyttet til fremtidige begivenheter spesielt. Til sist ble det bedt om informasjon om samarbeidet mellom regionen som klageinstans og fengselet som første instans i hastesaker. Det ble herfra vist til at «kommunikasjonen mellom fengselet, den innsatte og regionen – i lys av formålet med søknaden – synes å ha tatt relativt lang tid i forhold til regionens egen saksbehandlingstid (en dag)». Det ble herfra påpekt at det «tok tre dager fra fengselet hadde behandlet klagen til saken var registrert i regionen. Videre gikk det fem dager (tre virkedager) fra klagevedtaket ble truffet til A fikk meddelelse om det». Det ble spurt om det finnes alternativer for raskere kommunikasjon mellom fengselet og regionen i hastesaker, og om muntlig underretning ble praktisert i enkelte tilfeller, jf. forvaltningsloven § 27.

I svarbrev hit viste regionen til en vedlagt redegjørelse fra Ringerike fengsel. Fengselet ga der en omfattende fremstilling bl.a. av generelle saksbehandlingsrutiner og den konkrete behandlingen av sakene om soningsavbrudd og velferdspemisjon. Fengselet beklaget at behandlingstiden for saken om soningsavbrudd ble «forholdsvis lang». Som en forklaring ble det bl.a. vist til høyt belegg og mange saker totalt sett, mange parallelle saker fra A, noe som gjorde det vanskelig «å holde oversikten over de enkelte sakene». Det ble også vist til at «[o]ktober/november er erfaringsmessig den mest hektiske perioden i løpet av året med bl.a. behandling av juleper-

misjoner, løslatelsessaker, overføringer til åpen anstalt mv.». Fengselet viste i sin redegjørelse også til vedtaket 4. desember 2003, der det overfor A ble beklaget at han ikke fikk skriftlig tilbakemelding på *permisjonssøknaden* på et tidligere tidspunkt. Fengselet opplyste at spørsmålet likevel hadde blitt vurdert i forbindelse med andre saker fra A.

Også regionen beklaget saksbehandlingstiden i sitt svarbrev hit, men understreket samtidig at fengselet har «utarbeidet interne rutiner som ivaretar de innsattes rett til en forsvarlig saksbehandling». Det ble kort redegjort for at fengselets organisering gir en viss risiko for lang saksbehandlingstid, men at saksbehandlingen nå blir omorganisert med sikte på økt effektivisering.

Så vel A som Ringerike fengsel kom med ytterligere kommentarer.

I mitt avsluttende brev til Kriminalomsorgen region sør uttalte jeg:

«Søknaden om *soningsavbrudd* i anledning hovedforhandlingen ble levert ca. 2 måneder før forhandlingen startet 25. november 2003. Mitt utgangspunkt er at dette under normale omstendigheter bør være tilstrekkelig tid til at den innsatte både kan forvente at søknaden kan ferdigbehandles i to instanser, og at det vil foreligge meddelelse om utfallet i rimelig tid før datoen det søkes permisjon for. I dette tilfelle forelå endelig vedtak før hovedforhandlingen startet, men dette ble først meddelt A 26. november 2003. Dette var uheldig, og saksbehandlingstiden er beklaget fra fengselets og regionens side.

I den konkrete saken er det et vesentlig poeng at A ikke fikk tilstrekkelig rask underretning om klagevedtaket. Fengselet har opplyst at vedtaket 21. november ble mottatt per post først tirsdag 25. november 2003. Regionen har ikke kommentert hvorfor klagevedtaket, etter det jeg har fått opplyst, ble sendt dagen før med vanlig postgang. Det heter i brevet hit at etter regionens syn «fungerer også beslutningsprosessen i [hastesaker] tilfredsstillende». Det ble i den sammenheng vist til at «saker både sendes på telefaks og regionalt nivå fatter muntlige vedtak som i ettertid bekrefte skriftlig».

Slik saken er opplyst, må jeg legge til grunn at regionen ikke sendte vedtaket på telefaks, og heller ikke meddelte vedtaket muntlig til fengselet, med en etterfølgende skriftlig bekreftelse. Det var etter dette ikke mulig for fengselet å få gitt A underretning før hovedforhandlingen var påbegynt. Regionen burde ha forutsett denne situasjonen. Jeg må konkludere med at behandlingen av saken om *soningsavbrudd* var tilfredsstillende ved kombinasjonen lang behandlingstid i fengselet – sakens karakter tatt i betraktning – og regionens oversendelse til fengselet for underretning til klageren.

Fengselet og regionen har også beklaget at A

fikk sen tilbakemelding i saken om *velferdspermisjon*.

Jeg finner etter dette ikke grunn til å foreta meg mer i saken.

For øvrig har jeg merket meg de rutiner fengselet har vist til i hastesaker og i permisjonssaker, samt redegjørelsen for fengselets prioritering av saker.»

Utlendingssaker

41.

Saksbehandlingsrutiner i Utlendingsdirektoratet

(Sak 2004–1281)

Praksis ved utsending av foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger, tidspunktet for tildeling av saksbehandler for den enkelte sak og foreløpig gjennomgang av innkommet post ble tatt opp til undersøkelse av eget tiltak. Ombudsmannen mente at i en situasjon med til dels lange saksbehandlingstider ville rutinene for hvordan informasjon gis til brukerne være helt avgjørende. Det store antallet klager kunne tyde på at direktoratets rutiner hadde vært utilfredsstillende, og ombudsmannen kom med flere anbefalinger om forbedringer.

1. Undersøkelsen

Av eget tiltak fant jeg grunn til å sette i verk en undersøkelse av enkelte sider ved UDIs saksbehandlingsrutiner. Undersøkelsen omfattet UDIs rutiner for utsending av foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a, tidspunktet for tildeling av saksbehandler for den enkelte sak og foreløpig gjennomgang av innkommet post.

UDI ble bedt om å gi en nærmere redegjørelse for direktoratets praksis med å unnlate å sende foreløpig svar i asylsaker og til søkere med utenlandsk adresse. UDI ble også bedt om å klargjøre sine rutiner for foreløpige svar i saker om dekning av saks-kostnader etter forvaltningsloven § 36. Om praksisen med utsending av autosvar het det videre:

«Etter det som er opplyst går autosvar/foreløpig svar ut automatisk etter at saken er registrert (opprettet) av UDIs arkiv. Autosvaret blir utformet ved at datasignaler sendes via Politiets data-sentral til Postens datasentral, hvoretter Posten tar utskrift og sender ut svaret. Autosvaret inneholder en oversikt over forventet saksbehandlingstid og angir saksnummer. Det er ikke underskrevet og det framgår heller ikke hvem som er saksbehandler. Utsendelsen av autosvaret som foregår automatisk ved registrering av saken, blir så vidt vi forstår ikke registrert noe sted. Utsendelsen vil således ikke framgå av UDIs journal. Er denne praksisen tilfredsstillende med hensyn til notoritet? Svaret bes begrunnet. Hva gjør for øvrig UDI med de autosvarene som opplyses å komme i retur på grunn av ukjent adresse?»

Direktoratet hadde tidligere opplyst at det ble arbeidet med rutiner for utsending av forsinkelsesmelding der det under sakens gang viste seg å bli forsinkelser i forhold til opprinnelig varslet saksbehandlingstid. Det ble derfor bedt om en tilbakemelding på fremdriften i dette arbeidet. UDI ble også bedt om å redegjøre for sine rutiner for besvarelse av skriftlige purringer fra søkerne.

Direktoratet ble videre bedt om å gi en redegjørelse for når og hvordan innkomne saker ble tildelt en saksbehandler i direktoratet. I denne forbindelse ble det vist til at UDI ved en tidligere anledning hadde understreket at direktoratet ikke lenger praktiserte den såkalte «siloordningen», som innebærer at en sak først blir tildelt en saksbehandler når saken ligger for tur til å bli realitetsbehandlet.

Videre ble direktoratet bedt om å opplyse hvorvidt det foretas en foreløpig gjennomgang av innkommet post med sikte på å sile ut saker som skal avvises på formelt grunnlag, videresendes til rett instans eller som bør prioriteres.

I brev 5. mars 2004 redegjorde UDI for sin bruk av automatiske meldinger fra DUF (Dataselement for utlendings- og flyktningsaker) som foreløpig svar til søkerne. Direktoratet viste til at denne løsningen var valgt som den best mulige på grunn av saksmengden i direktoratet, og fordi behandling av oppholds- og asylsaker ble prioritert foran manuell produksjon og utsending av foreløpige svar.

Direktoratet bekreftet at det ikke ble sendt ut foreløpig svar i asylsaker. Dette ble begrunnet med at foreløpig svar måtte anses som overflødig fordi søkerne og deres advokater får informasjon gjennom rutine for saksbehandlingen. Direktoratet viste i denne forbindelse til følgende forhold:

- Søkeren får etter registrering hos politiet tildelt advokat av UDI. Dette er en indikasjon til både søker og advokat om at søknaden er registrert.
- Søkeren får informasjon fra NOAS (fasilitert av UDI).
- Søkeren blir videre innkalt til intervju hos UDI.
- Advokaten mottar kopi av intervjurapporten i egen forsendelse.
- Under saksforberedelsen blir det gitt informasjon til søkeren om sakens videre gang, og advokaterne er godt informert om UDIs saksbehandlingsrutiner (advokatene i vaktordningen er informert i egne rundskriv, informasjonsbrev og -møter).

UDI ga på bakgrunn av dette uttrykk for at ytterligere informasjon, uten å kunne informere noe mer konkret, ville være lite nyttig for advokat og søker. Det ble imidlertid opplyst at advokatordningen i asylsaker var under revurdering, og at dette ville kunne få betydning for hvilken løsning som ble valgt i fremtiden.

Direktoratet bekreftet også at foreløpig svar ikke blir sendt ut til søkere med utenlandsk adresse og be-

grunnet dette med at søkers kontakt med norske myndigheter i disse tilfeller går via utenriksstasjonen, at søkers adresse ofte er svært utydelig eller mangelfullt utfyllt og at UDI ikke har mulighet til å sjekke om utenlandske adresser er gyldige. Det ble vist til at det derfor er relativt stor risiko for at meldinger aldri vil komme frem til søkere med adresse i utlandet. For øvrig anførte direktoratet at slik utsending av automatiske meldinger ville føre til en betraktelig økning av portokostnadene. Direktoratet uttalte videre:

«For alle andre praktiske formål er det utenriksstasjonen i søkers hjemland som er bindeledet til utlendingsforvaltningen i Norge. Det er en forutsetning at utenriksstasjonene informerer søkerne i utlandet slik at kravet i forvaltningsloven § 11 a blir oppfylt, jfr. RS 2002–138. Utenriksstasjonene der søkerne henvender seg skal enten dele ut relevant informasjon eller informere generelt via oppslagstavle beregnet på søkere. Der det er vanlig at søker møter personlig, for eksempel til intervju, blir det også gitt informasjon om søknadsprosessen.»

I forhold til foreløpige svar på krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 uttalte direktoratet følgende:

«Krav vedrørende dekning av saksomkostninger må anses som et selvstendig krav på samme måte som for eksempel søknad om arbeidstillatelse. En må derfor legge til grunn at forvaltningens plikt i henhold til fvl. § 11 a, også gjelder i saker om dekning av saksomkostninger.

Krav om dekning av saksomkostninger blir ikke registrert som egen sak i DUF, men som inngående korrespondanse. Denne dokumenttypen omfattes ikke av ordningen med utsending av automatiske meldinger.

I forbindelse med at utlendingsforvaltningen gikk over til nytt saksbehandlersystem våren 2003, ble det innført et nytt juridisk kodeverk. Dette kodeverket skiller ikke mellom sakstyper, men mellom *tillatelsessaker* og *utfallssaker*. En tillatelsessak er en sak hvor det er kommet inn en søknad, og som resulterer i et avslag eller en innvilgelse. Alle andre saker kalles utfallssaker. Opprettelse og ekspedering av utfallssaker utløser ikke utsending av automatiske meldinger, fordi utfallssakene som hovedregel ikke gjelder saker hvor utlendingen har søkt om noe. I noen tilfeller faller dette imidlertid uheldig ut, dette gjelder blant annet erstatningssaker som regnes som utfallssaker i det juridiske kodeverket i DUF. I disse sakene mottar søker ikke noen automatisk melding slik løsningen er per i dag. Klage på vedtak (avslag) i utfallssaker utløser imidlertid utsending av automatisk melding. Inntil den tekniske løsningen endres slik at disse tilfellene også fanges opp, vil UDI gjennomgå rutine og sørge for at disse særlige tilfellene løses med manuelle prosedyrer for utsending, i den grad de ikke kan besvares innen 1 måned.»

Om rutine for besvarelse av muntlige og skriftlige purringer under sakens gang uttalte direk-

toratet at henvendelser som gjelder ordinære søknader, på grunn av stor saksmengde, i hovedsak ikke blir besvart. Det ble opplyst at muntlige purringer umiddelbart blir besvart, det samme gjelder for anmodninger om å få returnert dokumenter og om bekreftelse på at søkeren har lovlig opphold mens en søknad er under behandling.

UDI vedgikk at manglende svar på skriftlig purring kunne stride mot god forvaltningsskikk og opplyste at direktoratet ville vurdere en løsning med automatisk melding eller en manuell rutine med utsending av standardskriv som svar på henvendelser der det purres i forhold til avgjørelse av en søknad.

Direktoratet skrev at melding til søkerne om forsinkelser i saksbehandlingen var et prioritert endringsønske ved senere versjoner av DUF, men at dette var en svært krevende teknisk løsning som det foreløpig ikke hadde vært mulig å gjennomføre. Direktoratet opplyste at andre løsninger enn automatiske meldinger også kunne være aktuelle.

UDI anførte at det anså hensynet til notoritet ivaretatt på de områder der automatiske svar ble benyttet og viste i denne forbindelse til at alle data som genererer en automatisk melding finnes på datafilene som genereres. Direktoratet opplyste imidlertid at utsending av automatisk melding ikke ble registrert i DUF som en hendelse i saken, og at det ut fra hensynet til oversikt i saken var ønskelig med en kobling mellom en utløsende registrering i DUF og generering av en markering i saken som viste at automatisk melding var sendt. Det ble imidlertid opplyst at en slik endring ville være relativt omfattende teknisk og måtte vurderes i forhold til andre endringsønsker i forbindelse med nye versjoner av DUF.

I forhold til håndteringen av automatiske meldinger som ble mottatt i retur opplyste UDI at praksis hadde variert noe. Ifølge direktoratet hadde returen i en del tilfeller blitt journalført, mens de returnerte meldingene i andre tilfeller hadde blitt makulert. Direktoratet viste til at det var igangsatt arbeid med å kartlegge hvorfor de registrerte adresser ikke stemmer og at automeldingene nå skiller mellom de ulike etater i utlendingsforvaltningen slik at feilsendte meldinger kommer i retur til den ansvarlige etat. Direktoratet opplyste at det nå skulle kartlegge omfanget av returnerte meldinger og årsakene til avvik mellom registrert adresse i DUF og andre kilder til rett adresse, som for eksempel telefonkatalogen og Folkeregisteret. Det ville også innen kort tid bli gjennomført en datavask av registrerte adresser i DUF mot gjeldende adresser i Folkeregisteret. Direktoratet opplyste at det hadde oppfordret politiet og Utlendingsnemnda til å foreta en tilsvarende kartlegging.

Om foreløpig gjennomgang av innkommet post og fordeling av innkomne saker til saksbehandler ga direktoratet følgende redegjørelse:

«Innkommet post går til arkivet, som sorterer den og fordeler til rett avdeling. Fordeling av sa-

ker i avdelingene utføres i hovedsak av kontortjenesten. UDIs enheter har ulik praksis for fordeling av saker til saksbehandler, og det er ikke mulig å angi noen gjennomsnittstid for hvor lang tid det går før sakene er tildelt en saksbehandler. Enkelte enheter har utarbeidet liste over saker som skal prioriteres. Kontortjenesten sorterer innkommet post i hht. disse listene. De vil også fange opp eventuelle saker som er feilsendt. Anmodninger fra politiet fører til at slike saker fordeles saksbehandler.

Oppholdsavdelingen har for tiden flest restanser. Det redegjøres her nærmere for rutineene i denne avdelingen, etter at posten er fordelt til enhetene:

Posten blir først undergitt en forberedende saksbehandling i enheten av kvalifiserte personer knyttet til denne funksjonen. De siler ut og avgjør enklere saker, besvarer enklere forespørsler, returnerer feilsendt post osv. De øvrige sakene fordeler de ut fra en vurdering av behovet for kvalifisert saksbehandling, om sakens karakter (eks. visum- eller studiesaker) eller andre grunner, f.eks. sykdom, tilsier at den prioriteres, og generelt saksbehandlingstiden for den aktuelle sakstypen.

I betraktning av den store mengden saker Oppholdsavdelingen til enhver tid har til behandling, er det ikke hensiktsmessig å viderefordre alle sakene til de øvrige saksbehandlerne etter som sakene kommer til enheten. Det ville føre til økt arbeid i form av å ta imot henvendelser og administrere innkommet post og en stor saksbunke. Den merbelastningen dette ville representere for saksbehandlerne, ville resultere i mindre tid til saksbehandling og dermed økte restanser. En slik ordning ville følgelig ha betydelige negative konsekvenser.

Denne arbeidsmåten avskjærer imidlertid ikke søkerne fra å kontakte enheten som har fått fordelt sakene. Henvendelser vil bli besvart av dem som er knyttet til den forberedende saksbehandlingen, og de kan om nødvendig formidle kontakt til andre i enheten.

Vi vil i den sammenheng også nevne den muligheten søkere har til å skaffe seg informasjon på våre hjemmesider på Internett, og ved å sende henvendelser pr. e-post eller pr. telefon kontakte vår Opplysningstjeneste, som også om nødvendig kan formidle kontakt videre.

Oppholdsavdelingen har bestemt at purrebrev og alle skriftlige henvendelser i enkeltsaker skal besvares innen tre uker, og at henvendelser pr. e-post til Opplysningstjenesten skal besvares innen tre dager. Vi har truffet en rekke tiltak for å få ned saksbehandlingstidene:

- Vi har knyttet til oss ekstra ressurser for å avgjøre enklere saker. I tillegg vil Oppholdsavdelingen i tiden fremover få tilført flere saksbehandlere.
- Vi har igangsatt et prosjekt med ekstern konsulent med oppgave å gjennomgå våre arbeidsprosesser og foreslå konkrete forbedringstiltak for å effektivisere saksbehandlingen.

Andre deler av direktoratet vil fremover bli engasjert i nedarbeidelse av restansene, som det er målet å halvere innen årsskiftet.

I tildelingsbrevet for 2004, datert 20.02.04, har Kommunal- og regionaldepartementet endret produksjonskravene til UDI for 2004. Oppholds-

avdelingen skal behandle 10 000 saker mer enn det som har vært signalisert tidligere. Oppholdsavdelingen har nå 21 000 ubehandlede saker. Asylavdelingen skal bistå oppholdsavdelingen med å redusere dette antallet, innenfor asylavdelingens eksisterende økonomiske og administrative rammer.»

I brev herfra 3. september 2004 ble UDI bedt om å utdype enkelte deler av sin redegjørelse. Det ble vist til direktoratets opplysninger om at saker under behandling i Oppholdsavdelingen på grunn av den store saksmengden, i utgangspunktet ikke ble viderefordelt til de enkelte saksbehandlerne, men at henvendelser enten ble besvart av medarbeidere tilknyttet den forberedende saksbehandlingen eller ved at kontakten ble formidlet videre i avdelingen.

UDI ble bedt om å redegjøre for de kvalifikasjoner de medarbeiderne som forestår den forberedende behandlingen av søknadene til Oppholdsavdelingen innehar og om de var tillagt ansvar for at samtlige henvendelser blir besvart og at sakene blir undergitt en forsvarlig prioritering.

Direktoratet ble også bedt om å klargjøre hvorvidt dets redegjørelse hit var slik å forstå at alle henvendelser, også purringer, nå skulle besvares innen tre uker.

I brev 29. september 2004 viste UDI til at «det er et lederansvar at behandlingen av sakene i Oppholdsavdelingen utføres av personer med nødvendige kvalifikasjoner og etter fastlagte prioriteringer». Direktoratet uttalte videre:

«Dette innebærer også ledermedvirkning i enkeltsaker dersom dette anses nødvendig for saksbehandlingen. For øvrig er det grunn til å påpeke kvalitetssikringen som ligger i at Utlendingsdirektoratets vedtak kan bringes inn for klagebehandling i Utlendingsnemnda.

En overveiende andel av saksbehandlerne i Oppholdsavdelingen har høyere utdanning. En stor andel av disse har dessuten juridisk kompetanse. Dette gjelder også for medarbeidere som er tillagt forberedende saksbehandling. Alle medarbeidere gjennomgår dessuten nødvendig opplæring tilknyttet arbeidet.»

UDI bekreftet at det nå var bestemt at alle henvendelser skulle besvares innen tre uker og som hovedregel skriftlig. Dersom det ble ansett hensiktsmessig kunne også muntlig tilbakemelding være aktuelt.

2. I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Innledning

Utgangspunktet er at saker skal forberedes og avgjøres uten ugrunnet opphold. Dette følger av forvaltningsloven 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 annet og tredje ledd.

Utlendingsdirektoratet har i flere år hatt til dels lang saksbehandlingstid for en del typer saker. På direktoratets internettsider angis eksempelvis forventet saksbehandlingstid pr. 18. november 2004 for søknader om oppholdstillatelse i enkelte familiegjenforeningssaker å være 10 – 13 måneder. Jeg har på bakgrunn av UDIs redegjørelser hit forstått at den lange saksbehandlingstiden dels har skyldtes en kraftig økning av saksmengden, særlig i direktoratets oppholdsavdeling, og dels omorganisering og innføring av nytt saksbehandlingssystem.

I en situasjon med til dels lange saksbehandlingstider vil rutineene for hvordan informasjon gis til brukerne være helt avgjørende. Jeg har tidligere omtalt saksbehandlingen i UDI bl.a. i årsmeldingene for 2001, 2002 og 2003, og har flere ganger varslet at jeg vil fortsette å følge utviklingen. Fra sommeren og høsten 2000 merket jeg at klagen hit over lang saksbehandlingstid og manglende svar fra Utlendingsdirektoratet økte sterkt. Jeg mottok i år 2000 ca. 20 klager og omkring 50 klager i 2001. I 2002 kunne det virke som situasjonen bedret seg noe og antallet klager til mitt kontor viste en synkende tendens. I løpet av 2003 steg imidlertid antall klager igjen og jeg mottok i løpet av dette året 29 klager på saksbehandlingen i UDI. Også i 2004 har mitt kontor mottatt et betydelig antall skriftlige klager. I tillegg er det gjennom hele perioden fra 2000 og frem til i dag mottatt et stort antall telefonhenvendelser vedrørende saksbehandlingen i UDI.

Klagene gjelder de fleste typer utlendingssaker, men det har vært spesielt mange klager knyttet til sen saksbehandling og manglende svar i saker om oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed. Det store antallet klager kan tyde på at direktoratets rutiner har vært utilfredsstillende.

Nedenfor er mine merknader til de redegjørelser direktoratet har gitt om sine rutiner for utsending av foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger etter forvaltningsloven § 11 a, tidspunktet for tildeling av saksbehandler for den enkelte sak og foreløpig gjennomgang av innkommet post. For så vidt gjelder saksbehandlingstiden i UDI viser jeg til at denne er tatt opp særskilt i brev herfra 10. desember 2004 (ombudsmannssak 2004/3128).

2. Foreløpig svar og forsinkelsesmeldinger

UDI har opplyst at direktoratet i flere år har benyttet automatisk genererte meldinger fra Datasystem for utlendings- og flyktningsaker (DUF) som foreløpig svar til søkere som henvender seg til direktoratet.

Denne løsningen har vært valgt fordi direktoratet har prioritert å behandle ubehandlede oppholds- og asylsaker fremfor manuell produksjon av foreløpige svar.

I forbindelse med mine medarbeideres besøk i UDI 5. desember 2003 ble det overlevert eksempler på automatisk genererte meldinger som direktoratet sender søkerne for å bekrefte mottak av søknader. Meldingene inneholder bekreftelse på mottak av søknad, informasjon om hvem som har kompetanse til å avgjøre søknaden samt en tabell over forventet saksbehandlingstid for ulike typer saker. I meldingen gjøres det også generelt rede for årsaker til at saksbehandlingstiden i den enkelte sak kan avvike fra den som fremgår av tabellen. Søkerne henvises til UDIs hjemmesider eller til direktoratets opplysningsstjeneste for ytterligere informasjon.

Direktoratets automatisk genererte foreløpige svar tilfredsstiller i utgangspunktet de innholdskrav som stilles i forvaltningsloven § 11 a annet ledd. Fordi svarene er automatisk generert, vil de imidlertid ikke inneholde konkrete opplysninger om spesielle forhold i den enkelte sak utover navn og referansenummer. Dette medfører at mottakerne ofte vil ha behov for ytterligere informasjon, noe som stiller krav til direktoratets håndtering av muntlige og skriftlige henvendelser under sakens gang.

Gjennomgangen av klagene på direktoratets saksbehandling som jeg har mottatt de seneste årene, tyder på at direktoratet ikke har hatt gode nok rutiner for besvarelse av henvendelser fra søkerne. I forbindelse med min undersøkelse har imidlertid direktoratet opplyst at det nå er bestemt at alle henvendelser til direktoratet skal besvares innen tre uker og som hovedregel skriftlig. Dette fremgår også av direktoratets serviceerklæring 20. april 2004. Jeg forutsetter at direktoratet følger opp dette i praksis og at søkerens informasjonsbehov i fremtiden således blir bedre ivaretatt.

I forbindelse med mine undersøkelser har direktoratet opplyst at det ikke sendes ut foreløpig svar i asylsaker fordi søkeren og dennes advokat får nødvendig informasjon gjennom rutineene for saksbehandlingen. Direktoratet har i denne forbindelse vist til tildelingen av advokat, informasjon som gis gjennom NOAS og avholdelse av intervju. Direktoratet har imidlertid opplyst at en høring om advokatornningen i asylsaker er til behandling og at denne vil kunne få betydning for hvilken løsning som velges i fremtiden.

Stortinget vedtok 10. juni 2004 en endring i utlendingsloven § 42, som bl.a. innebærer at retten til fri advokatbistand for asylsøkere i 1. instans faller bort fra 1. januar 2005. Bortfallet av advokatbistand skal kompenseres ved at søkerne ved ankomst får et grundig informasjons- og veiledningsprogram gjennom en frivillig organisasjon.

Jeg forutsetter at Utlendingsdirektoratet vurderer sine rutiner for foreløpig svar i asylsaker i lys av den

endringen i advokatornningen som nå er vedtatt, slik at forvaltningslovens krav tilfredsstilles.

UDI har opplyst at det heller ikke sendes foreløpig svar til søkere med utenlandsk adresse. Direktoratet har begrunnet dette med at utenriksstasjonen i søkerens hjemland er bindeleddet til utlendingsforvaltningen i Norge, at det er stor risiko for at meldinger til utlandet ikke vil komme frem til søkerens adresse og de store portokostnader som ville påløpe.

Direktoratet har opplyst at utenriksstasjonene gir informasjon til søkerne i utlandet slik at kravet i forvaltningsloven § 11 a blir oppfylt. Det er i denne forbindelse vist til direktoratets rundskriv RS 02–138 der det fremgår at utenriksstasjonene ved mottak av søknader forutsettes å utlevere en oppdatert oversikt over saksbehandlingstidene for ulike saker der den aktuelle sakstypen er avkrysset, og at søknaden påføres innleveringsdato. Direktoratet har også vist til at det i forbindelse med intervjuer av søkerne ved utenriksstasjonen blir gitt informasjon om saksgangen.

Jeg har merket meg UDIs redegjørelse for dets rutiner for informasjon til søkere med utenlandsk adresse. Forutsatt at utenriksstasjonen gir søkerne skriftlig informasjon slik som forutsatt i direktoratets rundskriv RS 02–138, og denne informasjonen tilfredsstiller kravene i forvaltningsloven § 11 a annet ledd, har jeg ikke funnet grunn til å be direktoratet om å endre sine rutiner på dette punkt.

Jeg har videre merket meg at direktoratet nå vil innarbeide manuelle prosedyrer for utsending av foreløpige svar i forbindelse med krav om dekning av sakskostnader og at automatiske meldinger fra direktoratet alltid blir sendt til søkerens fullmektig dersom denne har norsk adresse.

I forbindelse med min undersøkelse har jeg også stilt spørsmål om direktoratet anser notoriteten tilstrekkelig ivaretatt i dagens system for utsending av automatiske meldinger. Direktoratet har opplyst at utsending av automatisk melding ikke blir registrert som en hendelse i saken, og at det således ikke fremgår av sakshistorikken at melding er sendt. Notoriteten har imidlertid blitt ansett tilstrekkelig ivaretatt fordi de data som er grunnlaget for genereringen av de automatiske meldingene finnes på filene som genereres. Direktoratet uttaler at det av hensyn til oversikt i saken ville vært ønskelig at utsending av automatisk svar ble markert som en hendelse i saken, men at en slik endring vil være omfattende teknisk og derfor må vurderes i forhold til andre endringsønsker.

Etter min mening vil en markering av at det er utsendt foreløpig svar i saken gi en bedre oversikt i saken. Direktoratet bør derfor vurdere endringer i DUF slik at utsending av automatisk genererte meldinger blir markert i hendelsesjournalen i den enkelte saken.

Direktoratet har opplyst at det har igangsatt arbeid for å kartlegge omfanget av automatiske gene-

rente meldinger som kommer i retur og eventuelle årsaker til avvik mellom den adressen som er registrert i DUF og andre kilder til rett adresse. En slik kartlegging er en viktig kvalitetskontroll av at direktoratets foreløpige svar når frem til adressaten.

Jeg har også merket meg at direktoratet i forbindelse med videreutvikling av DUF har et prioritert endringsønske om at systemet også skal produsere meldinger til søkerne om forsinkelser i saksbehandlingen, men at dette er en svært krevende teknisk løsning som det foreløpig ikke har vært mulig å gjennomføre. Direktoratets redegjørelse forstås slik at andre løsninger enn automatiske forsinkelsesmeldinger er under vurdering.

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. Jeg viser for øvrig til at Kontroll- og konstitusjonskomiteen i Innst. S. nr. 31 (2004–2005) s. 9 har gitt uttrykk for at saksbehandlingstiden i UDI for enkelte sakstyper er uakseptabel lang, og at «informasjonen om slike forsinkelser ikke er god nok».

3. Foreløpig gjennomgang av post og tidspunkt for tildeling av saker til saksbehandler

I ombudsmannens årsmelding for 2001 s. 40 uttalte jeg at en ordning der enkeltsaker ikke blir fordelt til saksbehandler, men oppbevares i et lokalt arkiv i påvente av behandling, en 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.

Bakgrunnen for min uttalelse var blant annet den ordningen som på dette tidspunktet ble praktisert i Utlendingsdirektoratet og som jeg fant grunn til å kritisere i saken som er referert på s. 178 i den samme årsmeldingen (ombudsmannssak 2000–1387).

I mitt møte med UDI 29. april 2002 ble det fra direktoratet opplyst at silosystemet på dette tidspunktet så å si var avviklet og at sakene ble fordelt på en saksbehandler når de kom inn.

I redegjørelsen 5. mars 2004 har direktoratet

opplyst at Oppholdsavdelingen i dag har en rutine der innkomne saker først blir undergitt «en forberedende saksbehandling i enheten av kvalifiserte personer knyttet til denne funksjonen». Det er videre opplyst at disse personene «siler ut og avgjør enklere saker, besvarer enklere forespørsler, returnerer feilsendt post osv». Øvrige saker blir, slik jeg forstår det, fordelt etter en vurdering av behovet for kvalifisert saksbehandling, og om sakens karakter tilsier prioritering. Direktoratet uttaler videre:

«I betraktning av den store mengden saker Oppholdsavdelingen til enhver tid har til behandling, er det ikke hensiktsmessig å viderefordre alle sakene til de øvrige saksbehandlerne etter som sakene kommer til enheten. Det ville føre til økt arbeid i form av å ta imot henvendelser og administrere innkommet post og en stor saksbunke. Den merbelastningen dette ville representere for saksbehandlerne, ville resultere i mindre tid til saksbehandling og dermed økte restanser. En slik ordning ville følgelig ha betydelige negative konsekvenser.»

Direktoratet har opplyst at de personene som er knyttet til den forberedende saksbehandlingen vil kunne besvare henvendelser fra søkerne og eventuelt viderefordre kontakt videre i enheten. Videre har direktoratet vist til muligheten søkerne har til å skaffe informasjon på direktoratets hjemmesider og pr. e-post eller telefon til Opplysningstjenesten, som også kan formidle kontakt videre til andre i avdelingen.

I direktoratet brev 29. september 2004 heter det at det er et lederansvar at behandlingen av enkeltsaker utføres av personer med nødvendige kvalifikasjoner og etter fastlagte prioriteringer.

Slik jeg har forstått den ordningen som i dag praktiseres i direktoratets oppholdsavdeling, har direktoratet, på grunn av stor saksmengde, gått bort fra å fordele alle innkomne saker direkte til saksbehandler. Etter at sakene har vært gjenstand for den forberedende behandlingen i enheten, vil en del saker derfor kunne bli liggende i en periode uten å være fordelt til saksbehandler. Som nevnt ovenfor, har en slik ordning svakheter fordi det ikke er en enkeltperson som har et særskilt ansvar for å følge opp saken og fordi søkerne ved henvendelser til direktoratet ikke vil få snakke med saksbehandler før saken ligger til behandling. Dette er også et forhold som tas opp i flere av klagen jeg har mottatt på saksbehandlingen i direktoratet.

Jeg har merket meg den begrunnelsen direktoratet har gitt for Oppholdsavdelingens rutiner og legger til grunn at direktoratet har forsøkt å avhjelpe systemets svakheter ved at enklere saker blir silt ut og avgjort allerede i den forberedende behandlingen og at alle sakene blir fordelt etter en vurdering av behovet for kvalifisert saksbehandling og eventuell prioritering. Direktoratet har videre opprettet rutiner for besvarelse av henvendelser fra søkerne og formid-

ling av informasjon til disse. Det vises i denne forbindelse til at direktoratet har bestemt at alle henvendelser skal besvares innen tre uker.

Jeg finner likevel grunn til å understreke at terskelen for å etablere ordninger der ikke alle innkomne saker straks blir fordelt saksbehandler bør være høy og at ordningen bør søkes avvirket så snart Oppholdsavdelingens restansesituasjon er bedret.»

42.

Nemndleders kompetanse etter utlendingsloven § 38 b til alene å avgjøre Utlendingsnemndas endelige avslag på asylsøknad og omgjøringsbegjæring

(Sak 2004–2229)

Nemndlederen avgjorde Utlendingsnemndas endelige avslag på Ys asylsøknad og også beslutningen om å avvise Ys omgjøringsbegjæring alene.

I forbindelse med omgjøringsanmodningen innhentet NOAS uttalelse blant annet fra UNHCR. I UNHCR, Stockholms uttalelse, som hovedsakelig var knyttet opp mot UNEs avgjørelser i Ys sak, ble Ys risiko for forfølgelse ved retur til Etiopia vurdert som langt mer nærliggende enn det som var lagt til grunn i UNEs avgjørelser i saken.

Ombudsmannen anbefalte at UNE behandlet Ys klage på nytt, og da i full nemnd.

Nemndlederen avgjorde Utlendingsnemndas (UNE) endelige avslag på Ys asylsøknad og beslutningen om å avvise omgjøringsbegjæringen fra NOAS på vegne av Y.

Saken gjelder hvorvidt det lå innenfor nemndlederens kompetanse å fatte disse avgjørelsene alene.

Ys far og to brødre har vært/er aktive medlemmer av den forbudte opposisjonsorganisasjonen Oromo Liberation Front (OLF) siden tidlig på 90-tallet, og var blitt forfulgt og/eller fengslet av myndighetene i Etiopia av den grunn. Y sympatiserte også med OLF. I 1999 ble hun fengslet for seks uker som følge av deltakelse i en studentdemonstrasjon til støtte for OLF. I fengslet ble hun utsatt for seksuelle overgrep/voldtekt av en eller flere offentlige tjenestemenn. Y var også blitt utsatt for seksuelle overgrep tidligere, angivelig i forbindelse med at myndighetene lette etter hennes brødre i 1995/1996. Da en av Ys brødre ble arrestert på nytt i forbindelse med en studentdemonstrasjon i 2001, ble han spurt om hvor søsteren befant seg.

Y søkte politisk asyl her etter at hun hadde forlatt Etiopia sommeren 2001. UDIs avslag på søknaden, som ble opprettholdt etter UNEs klagebehandling, var begrunnet med at Y ikke hadde rett til asyl etter utlendingsloven § 17. Utlendingsloven § 15 ble heller ikke ansett for å være til hinder for retur til Etiopia.

I forbindelse med NOAS' anmodning om omgjøring av UNEs vedtak innhentet NOAS uttalelser blant annet fra UNHCR v/Regional Protection Officer Dietrun Günther ved UNHCRs regionkontor i Stockholm og UiO v/dr. jur. Cecilia Bailliet. I begge disse uttalelsene ble Ys risiko for forfølgelse ved eventuell retur til Etiopia vurdert som mer nærliggende enn det som ble lagt til grunn i avslagene fra UDI og UNE.

NOAS ba ombudsmannen vurdere om det lå innenfor nemndleders kompetanse å avgjøre klagen og å avvise omgjøringsbegjæringen alene. Anmodningen til ombudsmannen var begrunnet med at nemndas avslag etter NOAS' vurdering baserte seg på «flere komplekse og usikre premisser som har blitt sterkt utfordret av flere aktører i en slik grad at det etter vårt syn må reises tvil om det var innenfor nemndleders kompetanse å avgjøre saken alene».

I UNEs endelige avslag på asylsøknaden het det blant annet:

«For så vidt gjelder klagerens anførsler om seksuelle overgrep, vil nemnda bemerke at dette er å betrakte som straffbare handlinger som uansett ikke vil være omfattet av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen».

Ved gjennomgangen her av NOAS' klage ble denne bemerkningen oppfattet som et tilsynelatende klart standpunkt fra UNE om at seksuelle overgrep generelt skal betraktes som straffbare handlinger og derfor ikke vil være omfattet av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen. Forstått på denne måten sto dette standpunktet i klar kontrast til uttalelsene som NOAS hadde innhentet fra FN's Høykommissær for flyktninger (UNHCR), regionkontoret i Stockholm og dr. juris Cecilia Bailliet ved UiO i anledning denne saken. UNE ble derfor bedt om begrunne dette standpunktet nærmere.

UNE ble også bedt om å redegjøre nærmere for premissene for sitt tilsynelatende klare standpunkt i klagevedtaket om at det ikke forelå:

«tilstrekkelige holdepunkter for at klageren ved retur til hjemlandet risikerer reaksjoner fra myndighetene eller andre som kan karakteriseres som forfølgelse i flyktningekonvensjonens eller utlendingslovens forstand».

Når det spesielt gjaldt behandlingen av omgjøringsanmodningen, ble UNE bedt om å kommentere NOAS' anførsel om at det måtte falle utenfor nemndleders kompetanse å avvise UNHCRs vurdering om at «klager i nærværende sak oppfyller kriteriene i Flyktningekonvensjonen». Det ble også bedt om UNEs syn på hvilken betydning det generelt har for nemndas egne vurderinger i den konkrete saken og for standpunkttagen til behandlingsform i nemnda at det foreligger en uttalelse fra UNHCR om angivelig forfølgelse i et konkret land og i en navngitt asylsøkers sak.

Det ble også bedt om bemerkninger til NOAS' standpunkt om at nemnda skulle ha sett:

«hen til at både UNHCR, UiO og OLF har konkludert med at klager vil være i fare i hjemlandet, ut fra den samme tilgjengelige informasjon».

I svarbrevet anførte UNE at det ikke var knyttet vesentlige tvilsspørsmål til UNEs endelige avgjørelse av asylsøknaden. Saken hadde heller ikke skilt seg ut fra andre tilsvarende saker som nemndlederen hadde behandlet og avgjort alene den seneste tiden.

De enkelte anførselene i omgjøringsanmodningen var blitt vurdert grundig opp mot UNEs endelige vedtak, men de ga etter nemndleders vurdering ikke grunn til å endre dette vedtaket. Nemndleder kunne derfor med hjemmel i utlendingsloven § 38 b, jf. utlendingsforskriften § 140 første ledd avgjøre både klagen og omgjøringsanmodningen alene.

UNE besvarte anmodningen om å gi en begrunnelse for UNEs tilsynelatende klare standpunkt om at seksuelle overgrep generelt skal betraktes som straffbare handlinger og derfor ikke vil være omfattet av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen, med å presisere at UNE aldri har hevdet dette på generelt grunnlag. Videre het det:

«Seksuelle overgrep vil normalt være å anse som «forfølgelse» i forhold til konvensjonen. Det vil for øvrig normalt også være et klart brudd på EMK art. 3. UNE har i herværende sak imidlertid vurdert det slik at de anførte overgrep ikke hadde sin årsak i en konvensjonsgrunn og at de derfor ikke var å anse som en individuell forfølgelse av klageren, men som straffbare handlinger begått av myndighetsrepresentanter. Dette er bakgrunnen for at UNE har ansett overgrepene for ikke å være omfattet av flyktningebegrepet.»

Om grunnlaget for vurderingene av Ys behov for beskyttelse i klagevedtaket og i avgjørelsen av omgjøringsanmodningen het det blant annet:

«UNEs vurdering bygger på den landinformasjonen som UNE har vedrørende forholdene i Etiopia generelt og informasjon knyttet til OLF spesielt. Informasjon vedrørende disse forhold bygger på en rekke kilder. Den omtalte rapporten av 25.02.2004 fra USAs utenriksdepartement er en av de kilder UNE har sett hen til ved sin avgjørelse. Andre kilder som gjennomgående inngår i avgjørelsesgrunnlaget er rapporter fra UNHCR, Amnesty International, Human Rights Watch samt fra norsk utenriksstasjon. Videre vises det til at UNE jevnlig foretar tjenestereiser til Etiopia. Representanter fra UNE var i Etiopia senest i februar 2004. Hovedfokuset for denne reisen var innhenting av informasjon vedrørende OLF. Det bemerkes at UNE er ukjent med hvilke kilder UNHCR, UiO og OLF har bygget sine vurderinger på.
[...]

Det bemerkes at det ikke er avgjørende for vurderingen av om en person fyller vilkårene for asyl at vedkommende tidligere har blitt utsatt for

overgrep/forfølgelse. Konvensjonen skal beskytte mot fremtidige overgrep og ikke kompensere for tidligere overgrep. Tidligere overgrep kan imidlertid være en indikasjon på at overgrep også kan skje i fremtiden.
[...]

Når det gjelder de overgrepene klageren etter det anførte skal ha blitt utsatt for på hjemlandet, ligger disse uansett så langt tilbake i tid at de etter UNEs vurdering har begrenset betydning i forhold til vurderingen av den fremtidige risikoen for overgrep. Det vises i denne sammenheng til at det ikke er opplyst om at klageren har blitt utsatt for overgrep etter dette og frem til studentdemonstrasjonen i Jimma i 1999. Når det gjelder de anførte overgrepene i 1999, bemerkes det at de fremstår som situasjonsbetinget. Klageren ble arrestert i samme periode som en rekke andre studenter på bakgrunn av deltakelse i samme demonstrasjon vedrørende oromoenes rettigheter. På den bakgrunn finner UNE det ikke sannsynlig at den anførte fengslingen representerte en individuell forfølgelse av klageren som følge av en konvensjonsgrunn. Uansett finner UNE det ikke sannsynlig at klageren ved retur vil bli utsatt for tilsvarende overgrep.

På bakgrunn av det ovennevnte har UNE vist til at klageren har anledning til å anmelde de overgrepene hun har anført å ha blitt utsatt for til myndighetene. UNE er inneforstått med at klageren i praksis vil ha begrensede muligheter med hensyn til straffeforfølgning, særlig sett hen til at overgrepene ligger langt tilbake i tid. I denne sammenheng vil hun imidlertid kunne søke hjelp hos Ethiopian Woman Lawyers Association (EWLA) i Addis Abeba, som driver et krisesenter og tilbyr fri rettshjelp for kvinner.»

Om UNEs syn på betydningen både for behandlingsformen og for nemndas vurderinger i den konkrete saken at det var gitt en uttalelse fra UNHCR om angivelig forfølgelse i et konkret land og i en navngitt asylsøkers sak, het det:

«Hvorvidt det i forbindelse med en anmodning om omgjøring er fremlagt nye opplysninger som tilsier at UNEs vedtak bør omgjøres, vil som nevnt i utgangspunktet bero på en realitetsvurdering av de enkelte anførsler. Dette gjelder uavhengig av hvem som har fremmet anførselene. Generelt bemerkes det at i den grad UNE finner at det i anmodningen ikke fremkommer vesentlige nye opplysninger av avgjørende betydning for saken, vil den normalt bli besvart relativt kort. Dette har sin bakgrunn i hensynet til effektivitet. Bl.a på bakgrunn av uttalelser i herværende sak fra UNHCRs regionkontor i Stockholm og dr. juris Cecilia Bailliet ved UiO fant UNE det likevel hensiktsmessig å gi et grundig og utfyllende svar på de anførsler som ble fremmet i anmodningen.

Når det gjelder uttalelser fra UNHCR vedrørende forholdene i et konkret land, bemerkes det at slike uttalelser som regel vil være av generell karakter. Disse vil normalt tillegges stor vekt ved den konkrete vurderingen av den enkelte asylsøkers anførte behov for beskyttelse. I herværende sak har UNHCR, Stockholm imidlertid uttalt seg konkret i en enkeltsak. UNHCRs uttalelse er hovedsakelig knyttet opp mot UNEs avgjørelser i

saken. Dette er høyst uvanlig og UNE har derfor liten erfaring med slike uttalelser, slik at det derfor vanskelig kan sies noe generelt. Det vises imidlertid til beslutning av 28.04.2004 der det fremgår at UNE har sett særlig hen til uttalelsen. Det samme er for øvrig tilfellet med uttalelsen fra dr. juris Bailliet.»

Til UNEs svarbrev bemerket NOAS blant annet at NOAS ikke kunne se at USAs utenriksdepartement, UNHCR, Amnesty International og Human Rights Watch som kilder for UNEs landinformasjon støttet nemndas landforståelse, og fastholdt at nemndas avslag baserte seg på komplekse og usikre premisser, og at det derfor ikke var innenfor nemndlederens kompetanse å avgjøre saken alene.

UNE opplyste etter dette blant annet at majoriteten av klagesakene fra etiopiske asylsøkere var blitt behandlet av nemndleder alene, mens ca 25 slike saker var blitt behandlet i nemndmøte.

Ellers i dette brevet het det blant annet:

«UNE er kjent med at familiemedlemmer av OLF-medlemmer eller familiemedlemmer til andre oromoere som har vist myndighetskritisk aktivitet kan bli utsatt for overgrep av myndighetene, enten ved partikadre, ved politi eller etterretningen. Bakgrunnen for slike overgrep vil som oftest være ønsket om å få kunnskaper om OLF, for å legge press på OLF-medlemmet om å trekke seg eller for å skape en generell frykt for OLF aktivitet i Oromo befolkningen.

I Human Watchs (HRW) rapport fra januar 2003 om overgrep begått mot studenter (inkludert oromoere) rapporterer ikke HRW om systematiske overgrep begått mot familiemedlemmer til ettersøkte oromo-aktivister. Heller ikke i rapportene til Oromo Support Group (OSG) av juli 2004 og i Ethiopia Human Rights Council (EHRCO) sine spesialrapporter som dekker Oromo-opprøret våren 2004 rapporteres det om systematiske overgrep begått mot familiemedlemmer til oromoaktivister. US State Department skriver i sin rapport fra 2004: «Security forces detained family members of persons sought for questioning by the Government such as suspected members of OLF.» Rapporten sier at det forekommer, men sier ikke noe om omfanget eller lengden på fengselsstraffer. Dette er noen av rapportene som UNE har bygget på i sin vurdering. UNE har imidlertid også bygget på andre kilder som er unntatt offentlighet.

Overgrep som familiemedlemmer typisk kan bli utsatt for er hyppige husundersøkelser, at de blir nektet å få mat ved matutdelinger, husarrest og lignende. Arbeid i det offentlige og skole kan i perioder være utilgjengelig for familiemedlemmer til OLF-medlemmer. Man kan også bli utsatt for kortvarige fengslinger. På bakgrunn av det ovennevnte er det imidlertid UNEs vurdering at familiemedlemmer til OLF-medlemmer ikke synes å være systematisk utsatt for alvorlige overgrep og langvarig fengsling som følge av familierelasjonen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at familiemedlemmer til OLF-medlemmer i enkeltstående tilfeller kan bli utsatt for alvorlige overgrep.

På bakgrunn av de individuelle forholdene i herværende sak fant nemnda at det ikke forelå en

tilstrekkelig risiko for at klageren ved retur til Etiopia vil bli utsatt for alvorlige overgrep.»

Brevet fra UNE førte til at NOAS kom med ytterligere merknader i brev til ombudsmannen.

I dette brevet het det blant annet:

«Nemnda skriver i brevet til Sivilombudsmannen:

«Bakgrunnen for slike overgrep vil som oftest være ønsket om å få kunnskaper om OLF, for å legge press på OLF-medlemmet om å trekke seg eller for å skape en generell frykt for OLF aktivitet i Oromo befolkningen.»

Dette synes å stå i motstrid med nemndas tidligere anførsel, blant annet i avvisning av 28.04.2004:

«På bakgrunn av det ovenstående fremstår det ikke som sannsynlig at de anførte seksuelle overgrep har hatt sammenheng med en konvensjonsgrunn. Overgrepene anses ikke å være ledd i en individuell forfølgelse av klageren, men fremstår som enkeltstående kriminelle handlinger.»

Overgrep som begås i de hensikter som nemnda gjengir i brevet til Sivilombudsmannen, utgjør ikke simpelthen «enkelstående kriminelle handlinger», men er i sin natur politiske tiltak.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«1. Seksuelle overgrep – «forfølgelse» eller «straffbar handling»

Jeg har merket meg UNEs presisering i brev hit om at UNE aldri på generelt grunnlag har hevdet at seksuelle overgrep «er å betrakte som straffbare handlinger som uansett ikke vil være omfattet av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen».

Slik UNEs oppfatning om disse overgrepene i denne konkrete saken var formulert i vedtaket 29. oktober 2002, synes det likevel forståelig at UNHCR, UiO og NOAS trakk den konklusjon at UNE mente at seksuelle overgrep generelt var straffbare handlinger som ikke kunne omfattes av flyktningebegrepet i flyktningekonvensjonen. Jeg ber derfor om at UNE for fremtiden sørger for klarere uttrykksmåter i sine vedtak og beslutninger slik at denne type alvorlige misforståelser kan unngås.

2. Nemndlederens kompetanse

Hovedregelen etter utlendingsloven § 38 b er at klagesaker og – i utgangspunktet også omgjøringsanmodninger – skal behandles i «full nemnd» dvs. av en nemndleder og to medlemmer, jf. § 38 b første ledd. Loven § 38 b annet ledd gir nemndlederen kompetanse til å avgjøre saker som ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål» alene.

Hvilke sakstyper som anses ikke å by på vesentlige tvilsspørsmål framgår, blant annet, av utlendingsforskriften § 140. Forskriften § 140 første ledd lyder:

«En nemndleder alene kan avgjøre saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, jf. lovens § 38b annet ledd første punktum. I slike saker kan nemnda også delegerede vedtaksmyndighet til sekretariatet, jf. lovens § 38b annet ledd annet punktum. Saker som nevnt i annet og tredje ledd anses som saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål.»

I § 140 annet ledd heter det blant annet at:

«En nemndleder alene kan opprettholde Utlendingsdirektoratets vedtak når det er åpenbart at

- a) klageren ikke fyller vilkårene for slik tillatelse det er søkt om,»

Utlendingsloven § 38 b annet ledd tredje og fjerde punktum og utlendingsforskriften § 141 har bestemmelser om nemndlederens kompetanse til å avgjøre alene anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda.

Utlendingsforskriften § 141 lyder:

«En nemndleder alene kan avgjøre anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket, jf. lovens § 38b annet ledd.

Under behandlingen av anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda kan en nemndleder alene beslutte at det ikke skal tas hensyn til opplysninger, dokumenter eller andre bevismidler som kunne ha vært gitt eller fremlagt under den tidligere behandlingen av saken, jf. lovens § 38b annet ledd. Slik beslutning kan bare treffes når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket som følge av innholdet av bevismidlene.

Dersom vilkåret om at det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket, ikke anses oppfylt, behandles anmodning om omgjøring etter bestemmelsene i §§ 139 og 140.»

Ombudsmannens undersøkelser i den enkelte sak må begrenses til en gjennomgang av det skriftlige materiale som foreligger i saken. Undersøkelsene er derfor ikke godt egnet til reell overprøving av utlendingsmyndighetenes vurdering av de faktiske forhold i den enkelte asylsak. Det gjelder både vurderingen av den aktuelle landinformasjonen og vurderingen av den enkelte asylsøkers situasjon i hjemlandet før asylsøknaden, og hans/hennes risiko for forfølgelse i hjemlandet ved eventuell retur. Dette gjør at ombudsmannen normalt vil være henvist til å ha et begrenset faktisk grunnlag for å uttale seg om en asylsak byr på så vesentlige tvilsspørsmål at den burde vært behandlet i full nemnd.

I brev hit bemerket UNE at uttalelser fra UNHCR vedrørende forholdene i et konkret land som regel vil være av generell karakter og at disse normalt vil tillegges stor vekt ved den konkrete vurderingen av den enkelte asylsøkers anførte behov for beskyttelse. I denne saken har UNHCR, Stockholm imidlertid gitt en konkret uttalelse hovedsakelig

knyttet opp mot UNEs avgjørelser i saken. UNE opplyser at dette er høyst uvanlig og at UNE derfor har liten erfaring med slike uttalelser.

Slik jeg forstår uttalelsen fra UNHCR, mente UNHCR at de seksuelle overgrep Y etter sigende var blitt utsatt for under fengslingen i 1999 tydet på at fengslingen ikke var situasjonsbetinget, slik som UDI og UNE la til grunn, men ledd i en individuell forfølgelse av henne som følge av hennes families nære tilknytning til OLF, sett i sammenheng med hennes egen uttrykte sympati med OLF. Ut fra en slik vurdering måtte de seksuelle overgrepene sees som utslag av denne forfølgelsen, ikke som kriminelle handlinger, som Y etter UNEs syn eventuelt kunne anmelde til de rette myndigheter i Etiopia. I uttalelsen la UNHCR også til grunn at myndighetene i Etiopia hadde spurt en av brødrene til Y om hennes oppholdssted da han ble fengslet etter en demonstrasjon til støtte for OLF i 2001, at hennes familie i Etiopia fortsatt har nær tilknytning til OLF og at Y selv både i ord og handling har gitt klart uttrykk for sterk sympati med OLF etter at hun kom til Norge i 2001. Særlig når UNHCR vurderte disse momentene i sammenheng ble det antatt å være en nærliggende risiko for at hun ville bli utsatt for «severe consequences» hvis hun returnerte til Etiopia. UNHCRs vurdering på disse punkter synes således å være vesentlig forskjellig fra den vurdering utlendingsmyndighetene har lagt til grunn for sine avgjørelser i denne asylsaken. Som eksempel viser jeg til vedtaket 29. oktober 2002 der risikovurderingen ble oppsummert slik:

«Det foreligger følgelig ikke tilstrekkelige holdepunkter for at klageren ved retur til hjemlandet risikerer reaksjoner fra myndighetene eller andre som kan karakteriseres som forfølgelse i flyktningekonvensjonens eller utlendingslovens forstand».

I beslutningen om å avvise omgjøringsanmodningen het det også at det ikke var:

«sannsynlig at klageren ved retur til Etiopia risikerer å bli utsatt for alvorlige overgrep som er å anse som forfølgelse».

Selv om det for UNE er «høyst uvanlig» at UNHCR gir en konkret uttalelse som hovedsakelig er knyttet opp mot UNEs individuelle avgjørelser i saken, legger jeg til grunn at når UNHCR finner å kunne gi en slik uttalelse i noen enkeltsaker, så er nok det på bakgrunn av solid landkunnskap og erfaring fra lignende saker.

Med dette som utgangspunkt, og blant annet på bakgrunn av den tilsynelatende klare forskjellen i UNEs og UNHCRs risikovurdering i denne saken, synes det på sin plass å minne om at ett av hovedformålene med opprettelsen av Utlendingsnemnda var å styrke asylsøkernes/klagerens rettssikkerhet, herunder klagerens *tillit* til at rettssikkerheten blir til-

strekkelig ivaretatt. Jeg viser også til Innst. O. nr. 42 (1998–1999) s. 10 der flertallet kom med denne tilleggsbemerkningen etter å ha sluttet seg til forslaget om at nemndlederen kan avgjøre saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål:

«Flertallet vil imidlertid understreke at dette er en kan-regel, og at nemndlederen ved negative vedtak må være spesielt aktsom i vurderingen av om klagen er grunnløs.»

Jeg viser også til UNEs interne retningslinjer for behandlingsformer i UNE. I punkt 2.2 e heter det at en *klage* bør behandles i full nemnd når «det er tvil om saken byr på vesentlige tvilsspørsmål». I punkt 5 om nemndsbehandlingen av anmodninger om omgjøring heter det blant annet at «en omgjøringsanmodning kan avgjøres av nemndleder alene, fortrinnsvis av den nemndlederen som behandlet klagen, når det ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket, jf. lovens § 38b annet ledd fjerde punktum og forskriftens § 141 første ledd. Dette vil bl.a. være tilfellet når det ikke fremkommer nye opplysninger i anmodningen eller når de nye opplysningene fremstår som klart uriktige/ikke troverdige.»

I avslaget på omgjøringsanmodningen heter det blant annet at:

«Nemnda har særlig sett hen til de vedlagte uttalelsene fra UNHCR i Stockholm og Bailliet.»

Som det fremgår ovenfor, synes det nærmest ekstraordinært at UNHCR avgir konkrete uttalelser i enkeltsaker og knytter uttalelsen tett opp til vedtak fattet av UNE. Nemnda har likevel ikke åpent og direkte kommentert forskjellen i UNHCRs og UNEs vurdering av Ys beskyttelsesbehov i beslutningen om å avvise omgjøringsanmodningen. Det går heller ikke uttrykkelig frem av UNEs brev hit hvorfor denne forskjellen mellom UNHCRs og UNEs risikovurdering tilsynelatende ikke ga grunnlag for å anta at behandling i full nemnd kunne føre til endring av vedtaket, jf. utlendingsloven § 38 b annet ledd fjerde punktum og forskriften § 141 første ledd. Slik saken er opplyst også etter de utfyllende svar UNE har gitt under undersøkelsen av saken herfra, er det vanskelig for meg å gjøre meg opp noen sikker mening om hvorvidt det lå innenfor nemndlederens kompetanse å fatte disse vedtakene alene.

På denne bakgrunn vil jeg anbefale at klagen behandles på nytt, og da i full nemnd. Ved den nye behandlingen ber jeg om at nemnda særlig ser hen til at UNHCR la til grunn at Y var blitt utsatt for individuell forfølgelse i 1999. Likeledes ber jeg nemnda se hen til at UNHCR ved sin vurdering av Ys risiko for forfølgelse ved retur til Etiopia i tillegg til å vurdere konsekvensen av hvert enkelt forhold som ga myndighetene grunn til å knytte Y til OLF isolert, *også* vurderte hennes risiko for fremtidig forfølgelse i Etiopia når disse forhold ble sett i sammenheng.»

43.

Asylsak – Dublin-konvensjonen (første asyllandregelen)

(Sak 2004–1648)

En familie fra Kasakhstan fikk avslag på sine søknader om asyl, jf. utlendingsloven § 17 første ledd bokstav e) og Dublin-konvensjonen. De hadde allerede fått avslag på asylsøknader i Tyskland. Utlendingsnemnda vurderte sakene som kurante, og de ble derfor behandlet av sekretariatet. I klagen hit ble det anført at søkerne hadde nærmere tilknytning til Norge enn til Tyskland, og at søknadene derfor skulle vært realitetsbehandlet her, jf. lovens § 17 annet ledd.

Ombudsmannen kritiserte nemndas tolkning av bestemmelsen. Den konkrete begrunnelsen for ikke å realitetsbehandle klagen, var også mangelfull. Videre var ombudsmannen kritisk til behandlingsformen i Utlendingsnemnda.

UNE behandlet saken på nytt og opprettholdt sitt standpunkt.

Fem borgere av Kasakhstan fikk avslag på sine søknader om asyl: Foreldrene A og B, de voksne barna C og D og Ds mindreårige barn E. Utlendingsnemnda (UNE) stadfestet Utlendingsdirektoratets (UDI) avslag på søknadene om asyl under henvisning til utlendingsloven § 17 første ledd bokstav e). Søkerne hadde tidligere fått avslag på sine asylsøknader i Tyskland, og Tyskland hadde i henhold til Dublin-konvensjonen 15. juni 1990 akseptert retur av asylsøkerne.

Verken UDI eller UNE fant at bestemmelsen i utlendingsloven § 17 annet ledd var anvendelig. UNE vurderte dette slik på s. 4 i sitt klagevedtak:

«Nemnda har merket seg at klagerne har tilknytning til Norge gjennom at F – hhv. klagernes sønn/bror/onkel – har oppholdstillatelse i Norge. Etter nemndas vurdering må klagerne imidlertid anses for å ha sterkere tilknytning til Tyskland. For A og Bs vedkommende anses tilknytning til ektefelle for å være sterkere enn tilknytning til en voksen sønn med egen familie. Videre har A og B to andre barn som Tyskland også er ansvarlige for etter konvensjonen.

For C og Ds vedkommende anses tilknytning til foreldre for å være sterkere enn tilknytning til søsken. Etter konvensjonen har Tyskland ansvaret for foreldrene deres. Dessuten har C og D ikke sterkere tilknytning til broren F enn til hverandre; mao. tilsier ikke slektskapet til F at C/D har sterkere tilknytning til Norge enn til Tyskland. E følger for øvrige sin mor D.

Det er gitt opplysninger om at A har problemer med hjerte og nyrer. Det er imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon som tilsier at han er transportudyktig. Nemnda legger dessuten til grunn at klageren vil ha tilgang til adekvat medisinsk behandling i Tyskland.

Etter en vurdering av alle sakens omstendigheter legger Utlendingsnemnda til grunn at klagerne ikke har en tilknytning til riket som tilsier at Norge er nærmest til å gi beskyttelse, jf. utlendingslovens § 17 annet ledd.»

Advokaten anførte i klagen hit at klagerne har en sterkere tilknytning til Norge enn til Tyskland, og at de derfor har rett til å få sine søknader realitetsbehandlet i Norge. Han viste til at A og B har en sønn som har lovlig opphold her. Tilknytningen til Norge hevdes derfor å være sterkere enn tilknytningen til Tyskland, der A har en bror. Advokaten var også kritisk til myndighetenes tolkning av lovbestemmelsen.

Klagen ble forelagt UNE. I brevet herfra het det bl.a.:

«Det foreligger en tilknytning til Norge, som etter forvaltningens rundskriv – og dermed, antas det, etter gjeldende praksis – i utgangspunktet gir klagerne en rett til å få søknaden behandlet her. Tilknytningen til Tyskland kan likevel hindre en realitetsbehandling i Norge. Nemnda vurderer imidlertid ikke denne tilknytningen direkte, men synes å argumentere med at klagernes tilknytning til *hverandre* er sterkere enn tilknytningen til sønnen/broren i Norge. Denne begrunnelsen er vanskelig å få tak i. Det bes derfor om en utdypende begrunnelse. Vil ikke vurderingstemaet måtte bli om familiens tilknytning til Norge er sterkere enn tilknytningen til Tyskland? Og hvordan vurderer nemnda konkret klagernes tilknytning til Tyskland i lys av at barn synes å være regnet som nærere familie enn søsken/svoger/onkel?»

Det ble også spurt om vurderingen av As helseproblemer og UNEs valg av behandlingsform; saken ble behandlet av sekretariatet i henhold til utlendingsloven § 38 b annet ledd annet punktum.

I UNEs svarbrev het det bl.a.:

«Etter vårt syn er tilknytningen til Tyskland direkte vurdert i nemndas vedtak. Vi viser til annet avsnitt på s. 4 i vedtaket, der det er uttalt at «etter nemndas vurdering må klagerne imidlertid anses for å ha sterkere tilknytning til Tyskland». Gjennom den enkelte klagers tilknytning til Tyskland som ansvarlig stat etter Dublin-regelverket, har klagerne samlet sett sterkere tilknytning til Tyskland enn til Norge, på tross av at de også har familie som er bosatt her. Når det i tilfeller som det foreliggende tas stilling til om Norge er nærmest til å gi en asylsøker beskyttelse etter utlendingsloven § 17 annet ledd, kan det ikke være avgjørende at vedkommende har forlatt førstelandets territorium.

Når det gjelder spørsmålet om «hvordan nemnda [konkret] vurderer klagernes tilknytning til Tyskland i lys av at barn synes å være regnet som nærere familie enn søsken/svoger/onkel», viser vi igjen til annet avsnitt på s. 4 i nemndas vedtak. Her har nemnda uttalt at tilknytning til ektefelle regnes som sterkere enn tilknytning til en voksen sønn med egen familie. Denne vurderingen er i tråd med etablert praksis i UNE og Utlendingsdirektoratet (UDI).

Som påpekt i vedtaket har A og B to andre barn som Tyskland er ansvarlig for etter Dublin-konvensjonen. A, B og D oppholdt seg i tillegg nærmere tre år i Tyskland mens de ventet på at tyske myndigheter skulle ta stilling til asylsøknaden der. D og E oppholdt seg i Tyskland fra 2001

til juni 2002. Disse omstendigheter må tillegges vekt ved den helhetsvurdering som skal foretas etter utlendingsloven § 17 annet ledd.

Som antydnet i nest siste avsnitt på s. 3 i vedtaket, er forvaltningspraksis ikke sammenfallende med rundskrivenes ordlyd på ethvert punkt. Som nevnt tolker verken UNE eller UDI tilknytningskriteriet slik at alle «Dublin-asylsøkere» som har voksne barn i Norge har krav på å få søknaden realitetsbehandlet her, hvilket for så vidt fremgår av både UDIs og UNEs vedtak i dette tilfellet. Ordlyden i rundskriv som UNE ikke er bundet av kan uansett ikke være avgjørende for nemnda, hvilket også er berørt i nemndas vedtak, jf. nest siste avsnitt på s. 3. Etter vår oppfatning er det ikke reelt grunnlag for å legge til grunn en så romslig tolkning av tilknytningskriteriet som klagerne har tatt til orde for. UDI er for øvrig i ferd med å utarbeide et nytt, oppdatert rundskriv om bl.a. tolkningen av tilknytningskriteriet. Det nye rundskrivet tar sikte på å gi et mer presist uttrykk for gjeldende praksis enn dagens rundskriv.»

Klagerne hevdet at UDI og UNE hadde «tolket § 17 annet ledd innskrenkende i lys av Dublinregelverket», og at Tyskland ikke var et trygt første asyl-land. UNE tilbakeviste disse anførselene.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«1. Generell tolkning

Avslagene har rettslig forankring i utlendingsloven § 17 første ledd bokstav e), jf. Dublin-konvensjonen 15. juni 1990 art. 8 og 10. Tyskland har som første asyl-land akseptert tilbakeføring av familien. Det er også opplyst at familien allerede er uttransportert til Tyskland.

Utlendingsloven § 17 annet ledd lyder:

«Adgangen til å returnere flyktning til annen stat i medhold av først ledd bokstav c, d og e, skal ikke benyttes dersom flyktningen har en tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å gi flyktningen beskyttelse».

Denne bestemmelsen er omhandlet i Justis- og politidepartementets rundskriv G-4/98, og praksisen som rundskrivet gir uttrykk for, er videreført i UDIs rundskriv 02–44 OPA. Av begge rundskrivene fremgår det at tilknytningskravet i «utgangspunktet ... er oppfylt når søkeren har ektefelle/samboer, barn, foreldre eller søsken som oppholder seg i Norge med oppholds-, arbeids- eller bosettingstillatelse». Det fremgår videre at bestemmelsen ikke får anvendelse hvis søkeren har tilsvarende eller sterkere tilknytning til det aktuelle første asyl-landet.

I UNEs klagevedtak heter det at lovbestemmelsen «gir anvisning på en skjønsmessig vurdering, og forutsetter at det legges vekt på et vidt spekter av hensyn». Dette er jeg enig i. Når det gjelder rundskrivene, heter det på s. 3:

«De nevnte rundskriv er på sentrale punkter i samsvar med nemndas praksis. Men verken Justisdepartementet eller Utlendingsdirektoratet kan binde Utlendingsnemndas rettsansvendelse gjennom rundskriv. Videre gir rundskrivene kun anvisning på noen «utgangspunkter» for den helhetsvurdering som skal foretas i medhold av utlendingsloven § 17 annet ledd.

Nemnda vil bemerke at et sentralt formål med Dublinkonvensjonen er å forhindre at personer fremmer søknad om asyl i mer enn ett av de land som er med i Dublinsamarbeidet. Etter konvensjonen har man derfor ikke krav på å få en asylsøknad realitetsbehandlet i flere land. Etter nemndas oppfatning må dette få betydning for anvendelsen av utlendingsloven § 17 annet ledd. Norges formål med å bli tilsluttet samarbeidet taler for en restriktiv tolkning av tilknytningskriteriet, slik at asylsøkere i minst mulig grad gis anledning til å få søknaden realitetsbehandlet flere ganger ved å påberope at de har slektninger her. Det bemerkes i den forbindelse at praksis i tilknytning til utlendingsloven § 17 annet ledd i en årrekke har vært relativt streng. Bakgrunnen for dette har bl.a. vært et ønske om å motvirke omgåelse av regelverket.»

Lovbestemmelsen forutsetter at det utøves stor grad av skjønn med hensyn til om Norge er «nærmest» til å gi en flyktning eller asylsøker beskyttelse. Jeg kan ikke på rettslig grunnlag kritisere at utlendingsforvaltningen har valgt å praktisere en streng linje i sin tolkning og anvendelse av regelen. I korrespondansen med ombudsmannen har UNE opplyst at UDI vil utgi et nytt rundskriv som «tar sikte på å gi et mer presist uttrykk for gjeldende praksis enn dagens rundskriv». Jeg forstår dette slik at praksis er blitt strengere. Jeg er enig i at det i så fall er på sin plass å synliggjøre innskjerpingen i form av et rundskriv. Dette vil ivareta bl.a. søkeres informasjonsbehov og forutberegnelighet, og bidra til å sikre likebehandling.

Jeg er imidlertid kritisk til uttalelsen om at det må anlegges en restriktiv tolkning av tilknytningskriteriet slik at «asylsøkere i minst mulig grad gis anledning til å få søknaden realitetsbehandlet flere ganger ved å påberope at de har slektninger her», jf. Norges formål med tilslutningen til Dublin-samarbeidet. Av forarbeidene til lovendringen 16. juli 1999 nr. 66, som innførte bestemmelsen i § 17 første ledd bokstav e) og tilføyelsen i annet ledd, fremgår det at «det bør være samme begrensning i adgangen til å returnere etter bestemmelsen i ny bokstav e som etter bestemmelsene i bokstav c og bokstav d» (Ot.prp. nr. 56 (1998–99) s. 17). Det synes således ikke å ha vært meningen å ha strengere regler for tilknytningskrav i Dublin-sakene enn for de andre sakene som nevnes. Forarbeidene til utlendingsloven, slik den opprinnelig lød, gir ikke holdepunkter for å hevde at de søkerne som faller inn under § 17 første ledd bokstavene c og d «i minst mulig grad» skal få anledning til å få søknaden behandlet flere ganger. Jeg viser her til Ot.prp. nr. 46 (1986–87) s. 102 og s. 205. Tvert imot heter det på s. 102 at adgangen til å

returnere flyktning som regel ikke bør benyttes «hvis det foreligger reelle grunner ... til at Norge er det naturlige tilfluktslandet». Tilknytning gjennom slektskap – i en videre krets enn etter reglene om familieegjenforening – brukes som eksempel. Videre nevnes kontakter gjennom arbeid og studier.

Heller ikke i St.prp. nr. 38 (2000–2001) vedrørende avtale om Norges tilknytning til Dublin-regelverket, er det støtte for det restriktive synet UNE har gitt uttrykk for.

Ett av hovedformålene bak Dublin-konvensjonen er å hindre at asylsøkere fremmer søknader om asyl i flere land. Etter konvensjonen art. 3 nr. 4 har medlemsstatene rett til å behandle asylsøknader selv om de ikke er forpliktet til det etter konvensjonen. Norge har benyttet denne adgangen gjennom bestemmelsen i utlendingsloven § 17 annet ledd. Bestemmelsen er formet som en *plikt* for myndighetene, med en korresponderende *rettighet* for asylsøkere med tilstrekkelig tilknytning til Norge. Jeg kan vanskelig se at det er dekning for, i lys av formålet med Norges tilslutning til konvensjonen, å tolke bestemmelsen så snevert som UNE har gitt uttrykk for.

2. Nærmere om tolkningen og den konkrete vurderingen

UNE legger vekt på klagerens tilknytning til hverandre. For eksempel argumenteres det med at for A og B «anses tilknytningen til ektefelle for å være sterkere enn tilknytning til en voksen sønn med egen familie». Dessuten viser UNE til at Tyskland er ansvarlig for barna C og D. For barnas vedkommende «anses tilknytning til foreldre for å være sterkere enn tilknytning til søsken». Det vises for øvrige til utdraget fra klagevedtaket som er sitert innledningsvis. Dette resonnementet, som UDI også har brukt, fremstår som et sirkelresonnement, og er vanskelig å få tak i.

UNE konstaterer at det foreligger en tilknytning til Norge gjennom sønnen/broren (og onkelen). Tilknytningen til Tyskland vurderes likevel å være sterkere. Jeg kan imidlertid ikke se at det gis noen *reell begrunnelse* for hva denne tilknytningen består i, ut over Tysklands ansvar etter konvensjonen. Samme argument er gjentatt i brev hit 16. desember 2004, hvor det heter:

«Gjennom den enkelte klagers tilknytning til Tyskland som ansvarlig stat etter Dublin-regelverket, har klagerne samlet sett sterkere tilknytning til Tyskland enn til Norge, på tross av at de også har familie som er bosatt her.»

Dette kan i seg selv vanskelig være en holdbar begrunnelse. Lovens § 17 annet ledd er nettopp et *unntak* fra hovedregelen om Dublin-statenes ansvar som første asylland (konvensjonens art. 8). Dette svaret kan neppe brukes som selvstendig argument etter annet ledd når de krav om tilknytning til Norge

som fremgår av lovens forarbeider, i utgangspunktet er oppfylt. I vedtaket var dette det eneste anførte argumentet, noe jeg vanskelig kan se var en tilstrekkelig begrunnelse. En annen sak er at betydningen av tilknytningen gjennom sønnen/broren (onkelen) kan vurderes å være svekket når fire voksne familiemedlemmer søker samlet.

Jeg må konkludere med at det knytter seg «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Tvilen knytter seg både til lovtolkningen og den gitte begrunnelsen. Jeg må derfor be om at UNE behandler saken på nytt.

Riktignok har UNE i den etterfølgende korrespondansen med ombudsmannen fremholdt søkernes tilknytning til Tyskland utover ansvaret som konvensjonsstat. I brev 16. desember 2003 opplyses det at A, B og D oppholdt seg nærmere tre år i Tyskland mens de ventet på at tyske myndigheter skulle ta stilling til søknaden. Videre fremgår det at D og E oppholdt seg i Tyskland fra 2001 til juni 2002. Det opplyses også at A har en bror i Tyskland. Dette er relevante forhold som må tillegges vekt i helhetsvurderingen, og jeg forutsetter at UNE vil foreta en avveining av de ulike forholdene i sin nye behandling.

3. Behandlingsform

Klagene er avgjort av sekretariatet i UNE etter delegasjon i henhold til utlendingsloven § 38 b annet ledd annet punktum og utlendingsforskriften § 140. Sakene ble ikke ansett å by på «vesentlige tvilsspørsmål», noe som er et vilkår for en slik behandlingsform. I brev hit har UNE vist til retningslinjer om delegasjon av vedtakskompetansen til sekretariatet betegnet 03/2001 (revidert 18. juni 2003). Pkt. 1.1 gjelder saker «der det er åpenbart at direktoratets vedtak bør opprettholdes», og i litra c) angis «[a]sylsaker der UDI ikke har gitt klagen oppsettende virkning, herunder første asylsaker og Dublin-saker». UDI avslø familiens begjæring om oppsettende virkning. Videre heter det i brevet:

«I dette tilfellet ble klagernes saker vurdert som kurante. Videre mente sekretariatet at Utlendingsdirektoratets vedtak åpenbart burde opprettholdes, jf. retningslinjene om delegasjon pkt. 1.1 bokstav c ... Det ble også sett hen til at klagesaker med tilsvarende problemstilling tidligere har blitt avgjort av nemndledere alene, og altså ikke har vært ansett å by på vesentlige tvilsspørsmål. Dette var bakgrunnen for at sekretariatet fant grunnlag for å treffe vedtak i klagernes saker.»

I pkt. 2 i retningslinjene heter det at sekretariatet «alltid [må] vurdere konkret om en sak som det generelt er delegert vedtakskompetanse i, likevel bør forelegges nemndleder for avgjørelse». Jeg kan vanskelig se at UNE har godtgjort at det var «åpenbart» at UDIs vedtak burde opprettholdes, slik de interne retningslinjene (delegasjonsvedtaket) krever.

Jeg viser til synspunktene under pkt. 1 og 2 foran. Siden nemnda valgte å avgjøre sakene annerledes enn det som fremtrådte som et naturlig utgangspunkt etter eksemplene i lovens forarbeider og i forvaltningens gjeldende rundskriv, skal det etter min mening mye til før man kan si at løsningen er «åpenbar».

I forarbeidene til endringsloven 30. april 1999 nr. 22, som innførte klagenemnd, synes det å fremgå at det skulle være en relativt begrenset adgang til å delegerer myndighet til sekretariatet. I Ot.prp. nr. 17 (1998–99) s. 38 siteres det fra departementets høringsbrev, som forutsetter at det må «dreie seg om kurante saker». Jeg antar at en rekke av Dublin-sakene anses som kurante. Jeg vil likevel påpeke at hensynet til asylsøkeres rettssikkerhet – herunder tilliten til at rettssikkerheten blir ivaretatt – samt arbeidsdelingen i UNE mellom sekretariatet, nemndsleder og full nemnd, tilsier tilbakeholdenhet i tolkningen av gitte delegasjonsfullmakter i lov, forskrift og interne retningslinjer.

Jeg må etter dette be om at også spørsmålet om behandlingsform vurderes på nytt.»

Utlendingsnemnda ved nemndsleder behandlet saken på nytt 12. mai 2004. Vedtaket ble opprettholdt. Nemnda opplyste at det nå var utarbeidet et nytt rundskriv – UDI 2004-10 – som «gir et mer presist og nyansert uttrykk for hva som i dag er å anse som gjeldende forvaltningspraksis» på området. Det ble videre vist til Dublin II-forordningen og hensynet til «den indre sammenhengen i Dublin-regelverket». Nemnda mente at uttalelser i forarbeidene til utlendingsloven har «begrenset vekt i forhold til tolkningen av utlendingsloven § 17 annet ledd i relasjon til § 17 første ledd bokstav e», idet asylshopping er et relativt nytt fenomen.

I forhold til den konkrete saken, het det at «det i vedtaket med fordel kunne vært vist til familiens samlede oppholdstid i Tyskland». Nemnda anførte at familiens «samlede tilknytning til Tyskland er ... sterkere enn deres tilknytning til Norge, både sett hen til den samlede familiemessige tilknytningen og den samlede oppholdstiden i henholdsvis Tyskland og Norge». Når det gjaldt behandlingsformen i UNE, var praksis ansett for å være avklart gjennom nemndleders tidligere behandling av to tilsvarende saker.

I brev herfra 9. september 2004 informerte jeg nemnda om at jeg ikke fant grunn til å foreta meg mer i saken.

44.

Avslag på søknad om asyl – internfluktalternativ

(Sak 2004–1316)

Ekteparet A og B fra Bangladesh hadde søkt asyl i Norge fordi de ble forfulgt i hjemlandet av As familie. As familie var i mot ekteskapet fordi A var mus-

lim og B var hindu. Selv om bangladeshiske myndigheter ikke kunne gi A og B beskyttelse mot forfølgere, avsto Utlendingsnemnda søknadene bl.a. med den begrunnelse at ekteparet kunne oppnå beskyttelse i hjemlandet ved å flytte til en storby.

Ombudsmannen uttalte at folkemengden i en storby til en viss grad kan være i veien og hindre at forfølgere finner dem. Skulle forfølgere finne ekteparet, ville folkemengden imidlertid ikke kunne gi noen beskyttelse. Etter ombudsmannens vurdering var store folkemengder ikke tilstrekkelig til å gi A og B en reell beskyttelse eller for øvrig et reelt internfluktalternativ.

Ekteparet A og B fra Bangladesh hadde fått avslag på sine søknader om asyl samt flere omgjøringsbegjæringer. A og B var ved ombudsmannsbehandlingen representert ved advokat.

Advokaten anførte at Utlendingsnemnda hadde anvendt utlendingsloven § 17 om rett til asyl feil. Etter hennes vurdering kunne ikke flyktninger henvises til å leve i skjul i frykt og usikkerhet i sitt hjemland fordi vedkommende kommer fra et høyt befolket land der sjansene for å bli oppsporet ved forfølgning er mindre.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken og i brev herfra ble Utlendingsnemnda bedt om å redegjøre nærmere for den forståelse av utlendingsloven § 17, jf. § 16 og flyktningskonvensjonen art. 1 A, som var lagt til grunn for vedtaket. Dersom nemndas vedtak bygget på det såkalte prinsippet om «internt fluktalternativ», ble den bedt om en nærmere redegjørelse for nemndas forståelse av prinsippet. Særlig ble det bedt om nemndas syn på om det kunne være riktig å vurdere et tilfelle hvor asylsøkeren må basere seg på mulighetene for å kunne leve i skjul, annerledes enn et tilfelle hvor søkeren kan henvises til å ta opphold i et område i hjemlandet der myndighetene er i stand til og villige til å beskytte vedkommende.

Utlendingsnemnda viste til at det folkerettslige vernet etter flyktningskonvensjonen var subsidiært i forhold til hjemstatens beskyttelse. En følge av dette var at dersom man kunne påregne tilstrekkelig beskyttelse fra hjemlandets myndigheter ved at de hadde vilje og evne til å beskytte asylsøkeren mot forfølgelsen, ville vedkommende ikke ha rett til internasjonal beskyttelse, med andre ord krav på asyl. I de tilfeller hvor faren for forfølgelse var knyttet til en begrenset del av hjemlandet, var utgangspunktet etter nemndas vurdering at man ikke hadde behov for internasjonal beskyttelse i form av flyktningsstatus, men kunne henvises til å søke intern beskyttelse i de trygge delene av hjemlandet ved såkalt internflukt. På spørsmålet om det er riktig å vurdere et tilfelle hvor asylsøkeren må basere seg på mulighetene for å kunne leve i skjul annerledes enn et tilfelle hvor søkeren kan henvises til å ta opphold i et område i hjemlandet der myndighetene er i stand til og villige til å beskytte vedkommende, skrev nemnda:

«Til dette vil nemnda først bemerke at det etter praksis og teori aldri kreves at asylsøkeren ved henvisning til et internfluktområde skal måtte gå i dekning eller leve i skjul. Dette strider dessuten mot flyktningskonvensjonens ånd og formål. Til anførsel om at det ved vurdering av vedtaket var lagt til grunn at klagerne skulle henvises til «å leve i skjul i frykt og usikkerhet i sitt hjemland», viser nemnda til at dette verken fremgår av vedtakets begrunnelse eller kan utledes som en premiss for dette. Hensikten med nemndas henvisning til antall innbyggere i Bangladesh var å illustrere at klagerne ved å forflytte seg internt til en storby, for eksempel Dhaka, kunne leve et relativt normalt liv uten å risikere forfølgelse fra As familie. Dette var dessuten ett av flere hensyn i helhetsvurderingen av hvorvidt klagerne kunne oppnå tilstrekkelig beskyttelse i sitt hjemland. Uttrykket «relativt anonymt» ble brukt for å poengtere at klagerne hadde en realistisk mulighet for å unngå forfølgelse. Det forholdet at klagerne under tidligere opphold i Dhaka valgte å leve i skjul skyldes deres egen subjektive frykt. Nemnda var imidlertid av den oppfatning at klagerens frykt ikke var velgrunnet dersom de forflyttet seg internt i Bangladesh.

Som det fremgår av Justisdepartementets retningslinjer av 1998 er «det prinsipielle utgangspunkt at beskyttelse primært skal søkes i eget hjemland (intern beskyttelse)». Formen for denne interne beskyttelse vil imidlertid avhenge av forholdene i den enkelte sak; det avgjørende er hvorvidt asylsøkeren kan oppnå tilstrekkelig beskyttelse i sitt hjemland. Hjemlandets myndigheters manglende vilje eller evne til å yte beskyttelse mot forfølgelse fra private aktører (rettsstatlig svikt) vil være et nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig, vilkår for å konstatere mangel på intern beskyttelse. Det følger av den slutningen at dersom myndighetene kan yte tilstrekkelig beskyttelse mot forfølgelse på hjemstedet, har man ingen velgrunnet frykt for forfølgelse.

Det kan imidlertid ikke på generelt grunnlag trekkes den motsatte konklusjon. Det kan tenkes at man ved å forflytte seg internt kan oppnå en annen form for intern beskyttelse, og i det enkelte tilfelle ikke lenger ha behov for myndighetens beskyttelse, jf. den foreliggende saken. På den annen side kan det tenkes at asylsøkeren fremdeles står i fare for å bli utsatt for overgrep fra private aktører i internfluktområdet. Ved denne konstallasjonen vil myndighetenes manglende vilje og evne til å yte beskyttelse i dette området være en nødvendig forutsetning for intern beskyttelse. Det er derfor viktig å understreke at vurderingen av hvorvidt asylsøkeren har en velgrunnet frykt for forfølgelse ved retur til hjemlandet bygger på en konkret vurdering. Reelle internfluktalternativer og myndighetens antatte vilje og evne til å yte beskyttelse vil inngå som momenter i denne helhetsvurderingen.»

Når det gjaldt den konkrete vurdering i denne saken, svarte nemnda:

«I denne konkrete saken la nemnda til grunn at klagerne sto i fare for forfølgelse fra As familie i sitt opprinnelsesområde. Det ble videre lagt til grunn at klageren ikke kunne påregne tilstrekkelig beskyttelse fra bangladeshiske myndigheter.

Etter en helhetsvurdering av klagerens individuelle forhold i lys av generell landkunnskap, kom imidlertid nemnda til at klagerne kunne oppnå intern beskyttelse ved å forflytte seg internt i Bangladesh, for eksempel til Dhaka. Nemnda fant det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at As far og brødre hadde vilje og evne til å spore opp klagerne i internfluktområdet i den hensikt å utøve vold eller på annen måte utsette dem for reaksjoner som kunne karakteriseres som forfølgelse i henhold til loven og konvensjonen. Det ble blant annet lagt vekt på det forholdet at As familie kun ved en anledning hadde oppsøkt klagerne etter at de inngikk ekteskap til tross for at de bodde i nabolandsbyen. I nemndmøtet opplyste B at dette skjedde først seks uker etter ekteskapsinngåelsen. Deretter var ekteparet ikke i kontakt med noen i familien. Det ble videre påpekt at klagerne i en periode oppholdt seg i Dhaka, uten at familien oppsøkte dem der. Nemnda la til grunn at internfluktområdet var tilgjengelig for klagerne ved at det verken forelå praktiske, fysiske eller rettslige hindringer for deres flytting til eller opphold i dette området.

Da nemnda ikke fant det tilstrekkelig sannsynliggjort at klagerne risikerte forfølgelse fra As familie i internfluktområdet, ble ikke myndighetenes vilje og evne til å yte beskyttelse i dette området en nødvendig forutsetning for klagerens interne beskyttelse i Bangladesh.

Nemnda var videre av den oppfatning at det verken fremsto som urimelig eller utilrådelig å henvise klagerne til internfluktområdet. Etter en helhetsvurdering kom nemnda frem til at klagerne kunne leve et relativt normalt liv i dette området og at deres interreligiøse ekteskap ikke ville skape nevneverdige problemer ved etablering i en bangladeshisk storby. Hensynet til barnas situasjon ble også vurdert. Det forelå imidlertid ikke holdepunkter for at barna ikke ville kunne få en normal oppvekst og skolegang etter bangladeshiske standarder. På bakgrunn av klagerens relative unge alder og utdanningsnivå, mente nemnda at de ville kunne oppnå et tilstrekkelig inntektsgrunnlag.

Under henvisning til at klagerne i sitt hjemland kunne unngå forfølgelse fra As familie, og det ikke fremsto som urimelig å henvise klagerne til internfluktområdet, var nemnda av den oppfatning at klagerne ikke hadde en velgrunnet frykt for forfølgelse ved retur til Bangladesh. De fylte således ikke vilkårene for å bli ansett som flyktninger i henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 1 A og utlendingsloven § 16, jf. § 17 første ledd.»

Til dette svarte advokaten at det var enighet om at retur til hjemlandet var retur til et land som ikke evnet å gi klagerne beskyttelse fra en forfølgelse som var omfattet av flyktningkonvensjonen. Dette mente hun måtte føre til at klagerne fikk innvilget asyl i Norge i henhold til konvensjonens bestemmelser. Hun anførte at det ikke vil være i samsvar med internfluktbegrepet å henvise klagerne til å leve i andre deler av hjemlandet i skjul.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«Etter den alminnelige uskrevne folkerett er asylretten i forholdet mellom nasjonene en stats rett til å gi

asyl uten derved å krenke eller foreta en uvennlig handling overfor den stat vedkommende har flyktet fra. Det følger av utlendingsloven § 17 første ledd første punktum at flyktning som er i riket eller på norsk grense har rett etter søknad til asyl (fristed) i riket. Hvem som er å anse som «flyktning» fremgår av utlendingsloven § 16 første ledd:

«Flyktning etter loven er utlending som går inn under flyktningekonvensjonen 28. juli 1951 art. 1 A, jfr. protokoll 31. januar 1967.»

Etter flyktningkonvensjonen er dette personer som:

«[---] har en velgrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvilling til å påberope seg dette lands beskyttelse[---].»

Utlendingsnemnda har i sitt vedtak lagt til grunn at A og B kan bli utsatt for forfølgelse fra As familie, og at det ikke kan legges til grunn at myndighetene i Bangladesh har evne til å gi dem beskyttelse i et slikt tilfelle. Det sentrale spørsmål er hvorvidt norske myndigheter kan henvise A og B til å oppholde seg i storbyer hvor de på grunn av høyt folketall, vil være vanskelig for forfølgerne å finne.

Utgangspunktet er at beskyttelse primært skal søkes i eget hjemland. Dersom søkeren kan oppnå beskyttelse fra myndighetene ved å oppholde seg i andre områder i hjemlandet, kan dette medføre at søkeren ikke anses som flyktning etter konvensjonen – det foreligger et internfluktalternativ. Vurderingen er om det foreligger en aktuell risiko for at søkeren vil bli forfulgt så lenge han eller hun oppholder seg i det trygge området av hjemlandet.

Utlendingsnemnda fant det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at As far og brødre – på grunn av ekteskapet mellom A og B som muslim og hindu – hadde vilje og evne til å spore opp A og B i internfluktområdet, i den hensikt å utøve vold eller på annen måte utsette dem for reaksjoner som kunne karakteriseres som forfølgelse i henhold til loven og konvensjonen. Nemnda kom derfor frem til at det ikke var grunnlag for å gi A og B asyl eller oppholdstillatelse i Norge. Jeg går ikke nærmere inn på de mer generelle vurderinger av hvor grensene går for når Norge og andre stater kan avvise flyktninger med en henvisning til å søke tilflukt i andre deler av sitt hjemland, uten å bryte sine konvensjonsforpliktelser. Spørsmålet her er om det foreligger et reelt internfluktalternativ for A og B.

Utgangspunktet for at en asylsøker skal kunne henvises til et internfluktalternativ er at vedkommende ved å flykte til et annet område i hjemlandet, oppnår en slik beskyttelse og trygghet som gjør at vedkommende ikke lenger har flyktningstatus.

Som nemnda skriver i svaret hit er internfluktalternativet ikke nevnt eksplisitt i flyktningkonvensjonen, men fremkommer ved en tolkning av flyktningbegrepet. Uttrykket antas å ha sitt utgangspunkt i Høykommissærens håndbok punkt 91 hvor det heter:

«Frykten for å bli forfulgt behøver ikke alltid å gjelde *hele* territoriet til det land flyktingen er borger av. I etniske konflikter eller tilfeller av alvorlige uroligheter som innebærer borgerkrigsforhold, kan forfølgelse av en særskilt etnisk eller nasjonal gruppe oppstå i kun én del av landet. I slike situasjoner vil ikke en person utelukkes fra flyktningstatus kun fordi han kunne ha søkt tilflukt i en annen del av landet, hvis det under omstendighetene ikke ville ha vært rimelig å forvente at han skulle gjøre det.»

Følgelig må frykten for forfølgelse bare gjelde deler av landets territorium, for at asylsøkere skal kunne henvises til å søke tilflukt i andre deler av hjemlandet. I angjeldende sak finnes det ikke bestemte geografiske områder hvor A og B er trygge, bare områder hvor det er mindre sannsynlig at forfølgerne vil finne dem. A og Bs sikkerhet er ikke knyttet til at forfølgerne bare opererer innenfor en begrenset del av territoriet, men at folkemengden gjør forfølgningen vanskeligere. Saken har vært avgjort i full nemnd med personlig fremmøte. Det ligger derfor ikke til rette for at ombudsmannen skal overprøve de generelle og konkrete bevisvurderinger saken bygger på. Derimot setter jeg spørsmålstegn ved om nemndas henvisning til opphold i en storby rettslig sett er et reelt internfluktalternativ som kan utledes av og er i samsvar med flyktningkonvensjonen og Høykommissærens håndbok.

Nemnda viser også til at andre teoretikere har utledet prinsippet om internfluktalternativ av konvensjonens uttrykk «beskyttelse». En naturlig forståelse av ordet «beskyttelse» er at noen eller noe verner vedkommende mot en fare. Det kreves i denne sammenheng enten at myndighetene kan og vil gi personen dette vernet eller at fysiske hindringer står mellom den forfulgte og forfølgeren. Som det fremgår ovenfor, har nemnda lagt til grunn at bangladeshiske myndigheter ikke evner å verne A og B mot deres forfølgere. Folkemengden i en storby kan til en viss grad være i veien og hindre at forfølgerne finner dem. Skulle forfølgerne oppspore A og B, vil imidlertid folkemengden ikke kunne gi A og B noen form for beskyttelse. Jeg kan derfor vanskelig se at store folkemengder er tilstrekkelig til å gi A og B en reell beskyttelse eller for øvrig et reelt internfluktalternativ.

På bakgrunn av ovenstående setter jeg spørsmålstegn ved Utlendingsnemndas rettsanvendelse på et og kanskje avgjørende punkt, og ber om at saken vurderes på nytt. Jeg ber om å bli orientert om resultatet av nemndas fornyede behandling.»

A og B ble etter dette innvilget arbeidstillatelse

og deres to barn oppholdstillatelse i medhold av midlertidig forskrift om «Behandling av omgjøringssøknader og vilkårene for arbeids- eller oppholdstillatelse til barn og deres omsorgspersoner som har oppholdt seg i Norge i totalt tre år.» Saken ble således løst og det ble ikke funnet hensiktsmessig å fortsette behandlingen av den underliggende asylsaken.

Skatt, ligningsbehandling og toll

45.

Gevinstbeskatning av tomtsalg. Ligningslovens myndighetsfordeling

(Sak 2003–0402)

Overligningsnemnda i Bergen la til grunn at skattyteren som del av et tomtsalg også hadde avstått veigrunn til de solgte boligtomtene fra sin private eiendom. Likevel mente overligningsnemnda at kostprisen for veigrunnen først ville være fradragberettiget ved et mulig senere salg av den private eiendommen. Etter ligningskontorets oppfatning hadde ikke skattyteren avstått veigrunnen, men gitt de to parsellene en veirett. Bergen likningskontor mente derfor at overligningsnemndas vedtak var holdbart til tross for feilen i rettsanvendelsen, fordi overligningsnemnda, etter ligningskontorets vurdering, også hadde «lagt feil faktum til grunn».

Ombudsmannen kunne ikke se at ligningsloven gir ligningskontoret myndighet til i en sak som denne selv å overprøve vedtak i overligningsnemnda ut fra egen oppfatning av de faktiske forhold i saken.

Klageren realiserte to boligtomter som hadde felles tilknytning til vann og kloakk og dels til hovedvei med klagerens egen boligeiendom. Bergen likningskontor begrenset tomtene inngangsverdi til summen av skattyterens konkrete og dokumenterte utgifter til anskaffelse, opparbeidelse og ferdigstilling av tomtene som boligtomter. Ligningsnemnda opprettholdt ligningen på dette punkt.

I klagen til overligningsnemnda krevde skattyteren at han ved gevinstberegningen også måtte ha krav på en rekke skjønsmessig beregnede fradrag, herunder for avståelse av tomtgrunn for vei frem til de to solgte parsellene. I klagevedtaket kom overligningsnemnda til at kostprisen for veigrunnen som var avstått fra skattyters private eiendom ikke var fradragberettiget ved tomtsalgene, men først kunne komme til fradrag ved et mulig senere salg av privateiendommen.

Skattyteren ba blant annet om ombudsmannens vurdering av overligningsnemndas oppfatning på dette punkt.

Spørsmålet ble tatt opp med Bergen likningskon-

tor, som særskilt ble bedt om å innhente overligningsnemndas eget svar hvis kontoret fant det hensiktsmessig eller nødvendig.

I svaret fra Bergen ligningskontor het det blant annet:

«Ligningskontoret oppfatter det slik at skattyter bare har gitt de to aktuelle parseller veirett til egen vei og at skattyter således ikke har avstått eiendomsrett til veigrunn. Overligningsnemnda synes derimot å ha lagt til grunn at skattyter har avstått veigrunn. I forhold til overligningsnemndas faktum-forståelse skulle kostpris for avstått/realisert veigrunn ha kommet til fradrag. Slik ligningskontoret ser det har overligningsnemnda lagt feil faktum til grunn og foretatt feil rettsanvendelse, men disse to feil opphever hverandre ettersom resultatet (vedtakets konklusjon) er at det ikke er gitt fradrag for avståelse av veigrunn, et resultat vi finner helt riktig ut fra vår forståelse av faktum. Av denne grunn finner vi overligningsnemndas vedtak holdbart.»

I min avsluttende uttalelse hadde jeg blant annet følgende merknader:

«Det fremgår av vedtaket sendt skattyteren at overligningsnemnda la til grunn at skattyteren avsto veigrunn fra sin private eiendom til de solgte boligtomtene. Likevel mente overligningsnemnda at kostprisen for veigrunnen først ville være fradragsberettiget ved å inngå i taps- eller gevinstberegningen ved et mulig senere salg av den private eiendommen. Jeg deler ligningskontorets syn om at etter overligningsnemndas bedømmelse av de privatrettslige forhold, skulle kostprisen for veigrunnen kommet til fradrag ved beregningen av den skattemessige gevinsten av tomtsalget. Det synes derfor å være klart at overligningsnemndas rettsanvendelse var feil på dette punkt.

Jeg forstår brevet hit fra ligningskontoret slik at veigrunnen etter ligningskontorets oppfatning ikke var avstått, men at skattyteren hadde gitt de to parsellene en veirett. På denne bakgrunn mente ligningskontoret at overligningsnemndas vedtak var holdbart til tross for feilen i rettsanvendelsen, fordi overligningsnemnda, etter ligningskontorets vurdering, også hadde «lagt feil faktum til grunn».

Unntaksvis kan nok en slik tilnærming og saksbehandling være akseptabel. I forhold til feil i rettsanvendelsen, kan det i så fall være aktuelt å vise til en analogisk anvendelse av de legislative synspunkter som ligger til grunn for regelen i ligningsloven § 3–12, som direkte regulerer virkningene av saksbehandlingsfeil.

Generelt vil ombudsmannen være positiv til at ligningsmyndighetene med tilbørlig hurtighet endrer eventuelle feil eller mangler, enten som følge av en henvendelse herfra, og særlig på bakgrunn av en anbefaling i en avsluttende uttalelse fra ombudsmannen. Derimot mener jeg at når ligningskontorets vur-

dering medfører at tidligere standpunkt opprettholdes, på tross av erkjente feil, bør saksbehandlingen søke å følge den myndighetsfordeling ligningsloven § 9–5 bygger på. I ligningsloven kapittel 9 er lovfestet et detaljert system for endring av ligning. Etter ligningsloven § 9–5 nr. 1 b kan ligningskontoret ta opp vedtak i endringssak – også vedtak av overligningsnemnda – hvis kontoret mener at det faktiske grunnlaget for vedtaket var uriktig eller ufullstendig. Avgjørelsesmyndigheten ligger hos ligningsnemnda i første instans, jf. ligningsloven § 9–8 nr. 2. Forarbeidene til ligningsloven, Ot.prp. nr. 29 (1978–79), gir etter det jeg kan se heller ingen holdepunkter for at ligningskontoret har myndighet til selv å overprøve vedtak i overligningsnemnda ut fra egen oppfatning av de faktiske forhold i saken. Hvis ligningskontoret mener at det faktiske grunnlaget for overligningsnemndas vedtak i endringssaken er uriktig eller ufullstendig, og derfor ønsker å få avgjørelsen korrigert, må ligningskontoret eventuelt benytte sin initiativkompetanse etter ligningsloven § 9–5 nr. 1 b til å ta saken opp. Skattyteren må i tilfelle varsles med en passende frist til å uttale seg, jf. ligningsloven § 9–7, før endringsspørsmålet eventuelt avgjøres av ligningsnemnda, jf. ligningsloven § 9–8 nr. 2.

Etter min mening vil det være i best samsvar med ligningslovens system for endring av vedtak i endringssak at ligningskontoret legger saken frem for ligningsnemnda til ny behandling der. For ordens skyld gjør jeg oppmerksom på at jeg ikke har tatt standpunkt til ligningskontorets syn på rettsanvendelsen under forutsetning av at skattyteren hadde gitt de to parsellene en veirett.»

46.

Tilleggsskatt for ung selvstendig næringsdrivende

(Sak 2004–2392)

En selvstendig næringsdrivende 23 år gammel pedagog i et kunstnerisk fag ble ilagt 30 % (ordinær) tilleggsskatt for inntektsåret 1999, jf. ligningsloven § 10–2 nr. 1. Ved utfylling av selvangivelsen hadde A ført inntekten av sin undervisning feil, som næringsinntekt, i stedet for som personinntekt.

Ombudsmannen uttalte at etter en samlet vurdering av de faktiske forhold syntes ligningsmyndighetene å stille for strenge krav til As aktsomhet, og viste til As uerfarenhet med konsekvensene av å bli ansett som selvstendig næringsdrivende. Ombudsmannen ba ligningsmyndighetene om å vurdere saken på nytt. Fylkesskattenemnda fattet senere vedtak om at ilagt tilleggsskatt på beregnet personinntekt bortfaller.

Saken gjaldt overligningsnemndas ileggelse av 30 % tilleggsskatt for inntektsåret 1999, på grunn av

feil utfylling av selvangivelsen, jf. ligningsloven § 10–2 nr. 1, jf. § 4–3 nr. 1, jf. § 10–4 nr. 1.

A er pedagog i et kunstnerisk fag og selvstendig næringsdrivende. I selvangivelsen for 1999 skulle hun ha oppgitt beregnet personinntekt under punkt 1.6.2, samt fylt ut skjema for beregning av personinntekt (RF-1224). I stedet førte A inntektene fra virksomheten under punkt 2.7.4, annen næring. I tillegg la hun ved et løst ark med oversikt over fradragberettigede utgifter. Ligningsmyndighetene la til grunn at A hadde gitt uriktige opplysninger, jf. ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24 § 10–2 nr. 1, jf. § 4–3 nr. 1. Det ble videre lagt til grunn at feilen «kunne ha ført til fastsetting av for lav skatt», jf. ligningsloven § 10–2 nr. 1. I vedtak sendt A 29. september 2000, ila X ligningsnemnd henne 30 % tilleggsskatt av skatt på uoppgitt personinntekt på kr 135 715. Overligningsnemnda opprettholdt avgjørelsen i klagevedtak oversendt skattyter 20. februar 2002. I brev 3. oktober 2002 opplyste Skattedirektoratet at det ikke ville anmode fylkesskattenemnda om å overprøve X overligningsnemnds vedtak, «da vi er kommet til samme resultat som overligningsnemnda».

A ba om ombudsmannens vurdering, særlig om ligningsforvaltningens bruk av tilleggsskatt «i denne saken kan ses å være utslag av en uforsvarlig og urimelig skjønnsutøvelse». A viste til at det nærmere innholdet av unntakstilfellet om unnskyldelige forhold av annen årsak, jf. ligningsloven § 10–3 bokstav b, var forsøkt belyst i klageomgangen, «uten at verken likningskontoret, overligningsnemnda eller Skattedirektoratet har innlemmet de subjektive momentene som kan tenkes relevant på basis av de retningslinjer og instruksjoner som følger av forarbeidene, og som i høyeste grad var til stede i denne saken».

Saken ble forelagt X likningskontor, som ble bedt om å redegjøre for nemndas rimelighetsvurdering etter ligningsloven § 10–3 bokstav b, jf. § 10–2 nr. 1. Det ble stilt spørsmål om overligningsnemnda tar hensyn til den næringsdrivendes erfaring, typen feil som er begått og hva slags virksomhet det dreier seg om. Det ble også stilt spørsmål om hvorledes dette stiller seg ved vurderingen etter ligningsloven § 10–4 nr. 2. A hadde fylt ut selvangivelsen for 1999 på samme måte som for 1997 og 1998, uten at hun hadde blitt gjort oppmerksom på feilen av ligningsmyndighetene. Det ble stilt spørsmål om overligningsnemnda hadde vurdert om dette forhold kunne ha betydning for om As handling i 1999 var «unnskyldelig», jf. ligningsloven § 10–3 bokstav b, jf. § 10–4 nr. 2.

X likningskontor svarte at ligningsloven § 10–3 bokstav b ikke åpner for en generell rimelighetsvurdering, men at spørsmålet er om skattyters forhold må anses som unnskyldelig på grunn av «alderdom, uerfarenhet eller annen årsak som ikke kan legges ham til last». Ligningskontoret mente at det på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene, Ot.prp. nr. 29

(1978–79) s. 123, kan slås fast at lovgiver ikke har trukket noen eksakt grense for når tilleggsskatt ikke skal ilegges. Ligningskontoret viste til at det går fram av forarbeidene at selvstendig næringsdrivende har en særlig oppfordring til å gjøre seg kjent med de reglene som gjelder for utfylling av selvangivelse og pliktige skjemaer, jf. Ot.prp. nr. 29 (1978–79) s. 123, der det heter at «...det kan ikke fritas for tilleggsskatt at vedkommende ikke har satt seg inn i regler som gjelder for hans virksomhet og som han burde kjenne til».

Når det gjaldt forholdene rundt beregning og føring av personinntekt, viste ligningskontoret til rettledning til selvangivelse for næringsdrivende m.v., og til at As unnlattelse ved utfylling av selvangivelsen måtte karakteriseres som uaktsom. Videre mente ligningskontoret at uaktsomheten også måtte få betydning ved vurderingen etter ligningsloven § 10–4 nr. 2. Til spørsmålet om det kunne få noen betydning at A hadde fylt ut selvangivelsen på tilsvarende måte i 1997 og 1998 svarte ligningskontoret at hvert inntektsår skal vurderes for seg, og at det er akseptert av domstolene at ligningsmyndighetene ikke kan kontrollere alle skattytere hvert år, og at skattyters aktsomhetsplikt i utgangspunktet derfor er like stor hvert år.

I mitt avsluttende brev til X likningskontor uttalte jeg:

«Tilleggsskatt ble ilagt med hjemmel i ligningsloven § 10–2 nr. 1, som lyder:

«Finner ligningsmyndighetene at skattyter i selvangivelse, næringsoppgave, klage eller annen skriftlig eller muntlig oppgave eller forklaring gir en ligningsmyndighet uriktige eller ufullstendige opplysninger som har ført til eller kunne ha ført til fastsetting av for lav skatt, skal skattyteren ilegges en tilleggsskatt som fastsettes i prosent av den skatt som er eller kunne ha vært unndratt. Som skatt regnes i denne forbindelse også trygdeavgift.»

Det er tilstrekkelig at opplysningene i selvangivelsen objektivt sett er uriktige. Videre er det et vilkår at de uriktige eller ufullstendige opplysningene har eller kunne ha ført til fastsetting av for lav skatt. Det er ikke omtvistet at disse vilkår er oppfylt i denne saken.

Adgangen til å ilegge tilleggsskatt faller likevel bort dersom noen av vilkårene i ligningsloven § 10–3 er oppfylt. Det aktuelle alternativet er om skattyters forhold må anses unnskyldelig på grunn av «uerfarenhet eller annen årsak som ikke kan legges ham til last», jf. ligningsloven § 10–3 bokstav b.

Ligningskontoret har lagt avgjørende vekt på at A etter ligningsmyndighetenes vurdering ikke var tilstrekkelig aktsom da hun fylte ut selvangivelsen. X likningskontor har blant annet vist til at det er gitt

rettledning for utfylling av selvangivelsen, som må anses lett tilgjengelig for skattyter.

Etter en samlet vurdering av de faktiske forhold i denne saken synes det for meg som om ligningsmyndighetene, på bakgrunn av As uerfarenhet med konsekvensene av å bli ansett som selvstendig næringsdrivende, stiller for strenge krav til hennes akt-somhet. Ligningsmyndighetene har vist til at siden skattyter er selvstendig næringsdrivende i et en-mannsforetak, må hun likestilles med en bedrifts-leder. Karakteristikken næringsdrivende er for så vidt formelt sett korrekt, men er likevel lite treffende sett hen til skattyterens reelle yrkesmessige forhold. Skattyteren denne saken gjelder er pedagog, og var 23 år i 1999. Det er et faktum at utviklingen av arbeidsmarkedet i realiteten har tvunget mange unge til å livnære seg som frilansere og dermed ført dem over i de næringsdrivendes rekke. Etter min mening er det ikke riktig uten videre å sette de samme krav til unge næringsdrivende i en slik situasjon som det er naturlig å stille til de mer vanlige, erfarne og «profesjonelle» næringsdrivende.

I denne saken legger jeg også vekt på at skattyte-rens selvangivelser tidligere hadde vært godtatt ved flere års ligningsbehandling. I lys av dette kan det spørres om ikke det hadde vært mer i samsvar med god veiledningspraksis å innskjerpe hvordan det rik-tig skulle forholdes og samtidig advare skattyteren.

På denne bakgrunn setter jeg et spørsmålste-gn ved ligningsmyndighetenes avgjørelse av tilleggs-skattespørsmålet i denne saken og ber om at utfallet vurderes på nytt».

Skattedirektoratet ba senere Y fylkesskattekon-tor om å ta opp X overligningsnemnds avgjørelse til vurdering i fylkesskattenemnda, jf. ligningsloven § 9–5 nr. 4, jf. nr. 7. Skattedirektoratet hadde enkelte merknader til min uttalelse. Direktoratet viste til at hvert inntektsår må vurderes for seg i forhold til skattyters opplysningsplikt, og at Høyesterett ved flere anledninger har understreket dette i forhold til om det foreligger ufullstendige opplysninger der opplysninger av betydning for det aktuelle inntekts-året kun er gitt i tidligere års selvangivelser. Skatte-direktoratet mente at dette også må gjelde der skatt-tyter har gitt de samme uriktige/ufullstendige opplys-ningene i tidligere års selvangivelser. Direktoratet var derfor av den oppfatning at ligningsmyndighete-nes manglende retting av identiske feil ved tidligere års ligninger er et moment med svært begrenset vekt i forhold til om det foreligger unnskyldende forhold. Videre viste direktoratet til at det følger av lignings-loven § 10–2 at det skal ilegges tilleggs-skatte til fel-ler hvor skattyter i selvangivelsen har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, og at ikke forelig-ger noen diskresjonær adgang etter § 10–2 for lig-ningsmyndighetene til å vurdere om tilleggs-skatte li-kevel ikke skal ilegges. Eventuelle unntak fra til-leggs-skatte må følge av ligningsloven §§ 10–3 til 10–5, som må anses utømmende. Direktoratet frem-

holdt at det således er reglene om unntak fra tilleggs-skatte i § 10–3 som ligger til grunn dersom lignings-myndighetene ikke ilegger tilleggs-skatte, men kun gir skattyter en «advarelse», og ikke en tilsvarende mu-lighet til å advare skattyter som begrunner et eventu-elt unntak fra å ilegge tilleggs-skatte. Skattedirekto-ratet pekte på at det dreier seg om en ung skattyter uten erfaring med økonomisk virksomhet da hun startet for seg selv som pedagog, og at det heller ikke var snakk om næringsvirksomhet av stort omfang. Det var derfor spørsmål om unntaksbestemmelsen kunne komme til anvendelse slik at tilleggs-skatte kunne falle bort eller reduseres.

Fylkesskattenemnda fattet senere vedtak om at ilagt tilleggs-skatte på beregnet personinntekt bortfal-ler. I vedtaket skrev fylkesskattenemnda blant annet at det fant at skattyters uerfarenhet, sammenholdt med den subjektive villfarelse som har oppstått som følge av ligningsmyndighetenes manglende reaksjon på tidligere års selvangivelser og oppgaver er den mest sannsynlige årsaken til at skattyter har gitt urik-tige eller ufullstendige opplysninger i selvangivelsen for inntektsåret 1999. Fylkesskattenemnda fant at det foreligger unnskyldelige grunner som nevnt i lig-ningsloven § 10–3 bokstav b.

47.

Særfradrag for rusbehandling i 1999 etter Minnesotamodellen ved privat klinikk

(Sak 2004–2182)

Spørsmål om behandling for rusproblem etter Min-nesota-modellen kunne anses å være «faglig for-svarlig» i 1999, jf. skatteloven 1911 § 77 nr. 4 annet ledd (nå skatteloven 1999 § 6–83 annet ledd) før det faktisk var publisert dokumentasjon på at behandlin-gen hadde positiv effekt og var faglig forsvarlig.

Ombudsmannen mente at kravet om «faglig for-svarlig» ikke kunne forstås så snevert at forsvarlig-hetskravet bare kan være oppfylt så fremt behandlin-gen er foretatt etter at det eventuelt er publisert do-kumentasjon på at behandlingen faktisk har positiv effekt, og er faglig forsvarlig. Både formålsbetrakt-ninger og reelle hensyn tilsa at når det er dokumen-tert at en behandlingsmetode som benyttes av en pri-vat klinikk er faglig forsvarlig, så bør det gjelde uav-hengig av om den behandlingen det kreves særfra-drag for er utført før eller etter at dokumentasjonen foreligger. Om eventuelt fristreglene i forvaltnings-loven eller særlig ligningsloven kan gjøre at et krav om særfradrag ikke kan oppfylles fordi det ikke er adgang til å ta tidligere ligning opp til ny behand-ling, vil være et annet spørsmål.

Sosial- og helsedirektoratet fant, på grunnlag av ombudsmannens merknader, at det ikke var behov for å fastsette noe tidspunkt for når behandlingen er forsvarlig. Det fikk så være opp til skattemyndighe-

tene å vurdere i hvilken grad det er anledning til å omgjøre tidligere avslag på skattefradrag for utgifter knyttet til denne behandlingsmetoden.

Skattyter fikk våren 1999 behandling for sitt rusproblem på en privat klinikk. Oppholdet kostet ham kr 42 000. Ved ligningen for inntektsåret 1999 krevde han fradrag for beløpet etter skatteloven 1911 § 77 nr. 4 med tilhørende forskrifter. Bestemmelsen er videreført i skatteloven 26. mars 1999 § 6–83.

Fradraget ble ikke akseptert av ligningskontoret. I klagen på ligningen opplyste skattyter blant annet at han før behandlingen på klinikken, i tillegg til rusproblemene, hadde hatt store psykiske problemer og i perioder vært nesten helt «utslått». Etter skattyters klage omgjorde ligningsnemnda ligningen og innrømmet skattyter fradraget. Fylkesskattekontoret på la ligningskontoret å framlegge saken for overligningsnemnda. Overligningsnemnda la avgjørende vekt på ventetiden for behandling i det offentlige helsevesen, og opprettholdt vedtaket i ligningsnemnda.

Før fylkesskattekontoret la overligningsnemndas vedtak fram for fylkesskattenemnda, ble fylkeslegen bedt om å ta standpunkt til om skattyter oppfylte vilkårene i forskrift 14. april 1988 nr. 295 om særfradrag på grunn av store sykdomsutgifter. Fylkeslegen mente behandlingen ved klinikken klart var utenfor offentlig norsk helsevesen og at behandlingen der ikke var faglig forsvarlig. Videre mente han at det offentlige hadde behandlingstilbud for skattyters lidelser og at skattyter ikke hadde vært utsatt for urimelig lang ventetid. Fylkeslegen kom derfor til at skattelovens vilkår for å få særfradrag på grunn av store sykdomsutgifter ikke var oppfylt.

Sosial- og helsedirektoratet opprettholdt fylkeslegens vedtak med hovedsakelig den begrunnelse at det offentlige helsevesenet hadde tilbud om behandling av den lidelse som det ble søkt om særfradrag for. Forutsetningen for å kreve særfradrag var derfor ikke til stede, jf. særfradragsforskriften § 2 bokstav b, jf. § 4.

Fylkesskattenemnda mente at nemnda hadde myndighet til å vurdere saken på selvstendig grunnlag, uavhengig av Sosial- og helsedirektoratets standpunkt i saken. Fylkesskattenemnda fant at den private klinikken oppfylte de kvalitetsmessige krav regelverket oppstilte, og la en viss vekt på den tid det hadde tatt før det ble fattet endelig avgjørelse i saken. På denne bakgrunn opprettholdt fylkesskattenemnda overligningsnemndas vedtak.

Deretter anmodet fylkesskattekontoret Skattedirektoratet om at fylkesskattenemndas vedtak ble overprøvet av Riksskattenemnda. Riksskattenemnda fattet vedtak i saken med slik slutning:

«Særfradrag for store sykdomsutgifter for inntektsåret 1999 innrømmes ikke.»

I Riksskattenemndas merknader het det blant annet:

«Etter Riksskattenemndas oppfatning fremgår det klart av lovens forarbeider at lovgivers intensjon har vært at helsemyndighetene med bindende virkning avgjør spørsmål om vilkårene i forskriften er oppfylt. Dette medfører at når en søknad om særfradrag er oversendt helsemyndighetene for vurdering av vilkårene i forskriften av 14. april 1988 nr 295, er ligningsmyndighetene bundet av deres avgjørelse av om vilkårene er oppfylt. Riksskattenemnda mener derfor at ligningsmyndighetene ikke kan sette til side Sosial- og helsedirektoratets avgjørelse i foreliggende sak.

[---]

Sosial- og helsedirektoratet har i sin avgjørelse påpekt at det offentlige helsevesen har et tilbud for den type sykdom eller svakhet skattyter lider av, og at det ikke er avgjørende at metodene som benyttes er identiske, jf. forskriften §§ 2b, jf. 4 første ledd. Ved vurderingen av om det offentlige har et tilsvarende tilbud, skal helsemyndighetene også ta hensyn til om ventetiden har vært urimelig lang sett i forhold til pasientens lidelser, jf. forskriften §§ 2b, jf. § 4 annet ledd. Fylkeslegen har vurdert denne siden av saken og uttalt at det ikke foreligger opplysninger om at skattyter har vært henvist til andre deler av offentlig norsk helsevesen for rusproblemer og eventuelt hvor lang ventetid det var der. I avgjørelsen fra Sosial- og helsedirektoratet fremgår det imidlertid ikke at direktoratet har vurdert ventetiden i saken. Hvorvidt dette er en saksbehandlingsfeil og eventuelt hvilke følger dette skal ha, følger forvaltningslovens regler og ligger utenfor ligningsmyndighetenes kompetanseområde. Etter Riksskattenemndas oppfatning kan ligningsmyndighetene på de ulike nivåer uansett ikke se bort fra direktoratets avgjørelse.»

I klagen hit ble det anført blant annet at «Riksskattenemnda [har] lagt mer vekt på hva Helsedirektoratet svarte på avslaget enn det saken gjelder. Tiden som det tar for å få behandling og som tre skattenemnder har lagt vekt på og gitt meg medhold i». Skattyter opplyste også at behandlingen ved den private klinikken hadde virket på han, og at han har vært rusfri i flere år.

Saken ble herfra tatt opp med Sosial- og helsedirektoratet. Direktoratet ble bedt om å kommentere fylkesskattenemndas vedtak, der det ble vist til direktoratets vurdering av at det foreligger et helsetilbud innenfor offentlig helsevesen for skattyters lidelse, og at det derfor ikke er grunnlag for å innrømme særfradrag. Direktoratet ble også bedt om å gjøre rede for hvorfor direktoratet fant det unødvendig å vurdere den faglige forsvarligheten av behandlingen ved klinikken. Videre ble det bedt om en redegjørelse for om direktoratet hadde vurdert om ventetiden for behandlingsplass ved den offentlige klinikken var urimelig lang sett i forhold til klagers situasjon før oppholdet ved den private klinikken.

Sosial- og helsedirektoratet fastholdt at da behandlingen fant sted våren 1999 var den ikke å anse

som faglig forsvarlig. Den senere erkjennelsen av behandlingen som faglig forsvarlig kunne først legges til grunn for klagesaker etter 2. mai 2003. Direktoratet mente også at brevet derfra burde inneholdt en vurdering av ventetiden, men la til grunn – som fylkeslegen – at ventetiden ikke hadde vært urimelig lang.

I min avsluttende uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«Etter skatteloven 1911 § 77 nr. 4 som gjaldt ved ligningen for inntektsåret 1999, kunne det gis særfradrag i inntekten når skattyteren i inntektsåret hadde hatt usedvanlig store utlegg til behandling av sykdom eller annen varig svakhet. Hvis utgiftene gjaldt behandling utenfor offentlig norsk helsevesen ble særfradrag bare gitt hvis tilsvarende behandling ikke kunne gis av norsk helsevesen, og helsemyndighetene vurderte «det oppsøkte helsetilbud som faglig forsvarlig». Bestemmelsen er videreført i skatteloven 26. mars 1999 nr. 14 § 6–83. De nærmere vilkår for å få slikt fradrag er gitt i forskriften om særfradrag for store sykdomsutgifter av 14. april 1988 nr. 295. Forskriften §§ 2 og 4 annet ledd lyder:

«§ 2:

Fylkeslegen avgjør om følgende vilkår er oppfylt:

- a) om behandling m.v. har skjedd utenfor offentlig helsevesen (jfr. § 3)
- b) om det offentlige helsevesen har et tilsvarende tilbud (jfr. § 4)
- c) om det oppsøkte tilbudet kan anses som faglig forsvarlig (jfr. § 5).

§ 4 annet ledd:

Har ventetiden vært urimelig lang vurdert i forhold til hvor alvorlig sykdommen er, og dette har eller kunne ha påført pasienten store lidelser eller betydelig forverring i ventetiden, kan forutsetningen for å kreve fradrag likevel anses å være til stede selv om det offentlige på lang sikt ville ha kunnet gi tilsvarende tilbud.»

I forskriften § 5 er det fastsatt at det aktuelle tilbud må «bygge på metoder som er anerkjent av norske helsemyndigheter» for å anses faglig forsvarlig.

[---]

1. Forskriftens krav om at behandlingstilbudet må være faglig forsvarlig

I svarbrevet hit opplyste Sosial- og helsedirektoratet at det i vedtaket fant det unødvendig å vurdere om den behandlingen skattyter fikk ved [den private] klinikken i 1999 var faglig forsvarlig, fordi «det var konstatert at ett av de kumulative vilkårene ikke var oppfylt».

Sosial- og helsedirektoratet opplyste for øvrig at direktoratets praksis på dette punkt er endret siden mars 2002. Det har jeg merket meg.

Ellers het det også i svarbrevet:

«Når det gjelder vurderingen av om behandlingen ved [den private] klinikken var faglig forsvarlig, fastholder vi vår vurdering om at tilbudet ikke var faglig forsvarlig, da det på det tidspunkt ikke forelå tilstrekkelig dokumentasjon på behandlingseffekten.

På grunnlag av oppdatert dokumentert kunnskap om den behandlingsmodellen blant andre [den private] klinikken benytter, sendte vi ut vedlagte brev til Fylkesmannen i Telemark med kopi til landets fylkesmenn om endring i denne vurderingen. Med den kunnskap vi har i dag, ville således behandlingstilbudet ved [den private] klinikken ha vært å anse som faglig forsvarlig hvis behandlingen skjedde nå. Vi har også vurdert for hvor lang tid tilbake dette kan gjelde. Det er en rekke publikasjoner i etablerte fagtidsskrifter som har gitt grunnlag for den vurdering vi foretok i brevet til Fylkesmannen i Telemark. Det er dessuten to sentrale oversiktsarbeider som på en faglig tilfredsstillende måte oppsummerer de viktigste holdbare funnene fra den etablerte faglitteraturen. Den ene er et svensk arbeid fra 2001, den andre et norsk arbeid fra 2003. Det forelå således allerede i 2001 holdepunkter for at den behandlingsmetoden blant andre [den private] klinikken benytter, er faglig forsvarlig, men det var først i 2003, da den nye oppsummeringen kom til samme resultat, at funnene fra 2001 kunne anses bekreftet i den grad at vi kunne endre vår tidligere vurdering. Vi anser derfor at det nå er bekreftet at behandling som skjedde ved slike institusjoner i 2001, var å anse som faglig forsvarlig på det tidspunkt.»

Jeg har merket meg at Sosial- og helsedirektoratet i mai 2003 på bakgrunn av ny kunnskap endret syn på den faglige forsvarligheten av behandlingsmetoden («Minnesota-modellen») som tilbys blant annet ved [den private] klinikken. Sammenholdt med Sosial- og helsedirektoratets brev 2. mai 2003 til Fylkesmannen i Telemark forstår jeg direktoratets svarbrev hit slik at det ut fra den vitenskapelige dokumentasjonen i NOU 2003: 4 «Forskning på rusmiddelfeltet», fant å kunne anse behandling etter «Minnesota-modellen» som faglig forsvarlig fra og med 2001. Når det gjaldt direktoratets faglige vurdering av behandling etter «Minnesota-modellen» før 2001 opplyste departementet at: «Vi har ikke tilstrekkelige holdepunkter for å anse at behandling før 2001 er å anse som faglig forsvarlig.»

Ut fra svarbrevet hit kan det synes som om direktoratet legger til grunn at bare behandling etter «Minnesota-modellen» senere enn år 2000 kan godkjennes som faglig forsvarlig behandling, fordi det var først i 2001 at effekten av denne behandlingen for rusmisbrukere ble vitenskapelig dokumentert.

Jeg har tidligere (se blant annet årsmeldingen 1999 s. 265 og 2002 s. 230) uttalt at ombudsmannen vanskelig kan etterprøve helsemyndighetenes medisinske faglige vurderinger. Ombudsmannen kan likevel undersøke Helsemyndighetenes generelle prinsipper for denne vurderingen.

[---]

Slik jeg forstår regelverket om særfradrag for store sykdomsutgifter, kan ikke lovens krav om «faglig forsvarlig» etter min mening forstås så snevert at forsvarlighetskravet bare kan være oppfylt så fremt behandlingen er foretatt etter at det eventuelt er publisert dokumentasjon på at behandlingen faktisk har positiv effekt, og er faglig forsvarlig. Både formålsbetraktninger og reelle hensyn tilsier etter min oppfatning at når det er dokumentert at en behandlingsmetode som benyttes av en privat klinikk er faglig forsvarlig, så bør det gjelde uavhengig av om den behandlingen det kreves særfradrag for er utført før eller etter at dokumentasjonen foreligger. Forutsetningen er da at det kan legges til grunn at behandlingsmetoden var den samme som den som senere er dokumentert som faglig forsvarlig. Om eventuelt fristreglene i forvaltningsloven eller særlig ligningsloven, kan gjøre at et krav om særfradrag ikke kan oppfylles fordi det ikke er adgang til å ta tidligere ligning opp til ny behandling, vil være et annet spørsmål. Slik denne saken er opplyst, har jeg derfor funnet at det foreligger tvil om Sosial- og helsedirektoratets praktisering av kravet om «faglig forsvarlig» i særfradragsforskriften er rettslig holdbar. Jeg ber derfor Sosial- og helsedirektoratet ta opp spørsmålet om behandlingen etter Minnesota-modellen ved [den private] klinikken i 1999 var faglig forsvarlig i As sak til ny behandling i lys av mine merknader ovenfor.

2. Ventetid på behandling i det offentlige helsevesen

Det framgår av saksdokumentene at skattyter i den opprinnelige klagen på ligningen blant annet opplyste at han før behandlingen på [den private] klinikken hadde hatt store psykiske problemer i tillegg til rusproblemene, og i perioder vært nesten helt «utslått».

I klagen til Statens helsetilsyn på fylkeslegens avgjørelse anførte skattyter blant annet at inntakslederen ved [den offentlige] klinikken hadde informert han om at [den offentlige] klinikken hadde til sammen 12 plasser for rusbehandling, hvorav 6 for avgiftning og at det var inntak fire ganger i året. For å få plass på [den offentlige] klinikken måtte han først gjennom utredning både på sosialkontoret og på klinikken. I følge skattyters redegjørelse i klagen hadde inntakslederen ikke kunne gi ham konkret svar på hvordan han, som ikke trengte avgiftning, ville blitt prioritert og om ventetiden ville vært minimal (tre til fire måneder) eller mye lengre (12 til 15 måneder eller mer).

I brevet hit opplyste Sosial- og helsedirektoratet at det ikke hadde vurdert om ventetiden var urimelig lang, og beklaget at det ikke ble gjort. Som klageinstans har Sosial- og helsedirektoratet som kjent plikt etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 til å foreta en reell og selvstendig overprøving av sakens

faktiske, rettslige og skjønnsmessige sider, se også for eksempel Frihagen, Forvaltningsrett bind II (5. utgave) 1992 s. 248. Klageinstansen har ikke bare en adgang til å prøve alle sider av saken, men i en viss utstrekning også en prøvingsplikt. Dette er lagt til grunn i forvaltningsloven § 34 annet ledd annet punktum hvor det heter at klageinstansen «skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med». Bestemmelsen medfører ikke uten videre at det må fremgå uttrykkelig av vedtaket og premissene for det at alle anførsler er vurdert. Derimot må det være foretatt en vurdering i forbindelse med klagesaksbehandlingen. Det er ikke tilfelle her.

I brev til X fylkesskattekontor, opplyste fylkeslegen:

«Fylkeslegen har vært i kontakt med X fylkeskommune, [den offentlige] klinikken tidligere og senest i august i år, for å kartlegge hvilket tilbud det offentlige har for behandling av rus. [Den offentlige] klinikken opplyser at de har tilbud om avgiftning, utredning og professororientert behandling. Videre opplyses det at det de siste årene har vært og fortsatt er lite ventetid for behandling av rusmisbruk. Når det gjelder avgiftning er det svært kort ventetid.»

Disse, etter mitt skjønn i hovedsak generelle, opplysningene om ventetiden i det offentlige helsevesen, som er gjengitt i brevet hit fra Sosial- og helsedirektoratet, ga fylkeslegen til fylkesskattekontoret nærmere ni måneder etter at Sosial- og helsedirektoratet fattet sitt vedtak i klagesaken. Likevel uttaler Sosial- og helsedirektoratet i svaret hit:

«Hvis dette spørsmålet hadde vært vurdert slik det skulle, ville vi ha ansett Fylkeslegens undersøkelse om de aktuelle ventetidene som tilstrekkelig dokumentasjon av dette spørsmålet. Vi ville derfor ha sluttet oss til Fylkeslegens vurdering av at det ikke var urimelig lang ventetid på tilbud innen det offentlige helse- og sosialvesen sett i forhold til klagers situasjon.»

Redegjørelsen for fylkeslegens undersøkelser gir ingen klare holdepunkter for at ventetiden ble vurdert konkret opp mot skattyters helsesituasjon på det tidspunkt han startet behandlingen på [den private] klinikken. Resultatet av fylkeslegens undersøkelser kan etter min mening uansett neppe erstatte eller reparere Sosial- og helsedirektoratets manglende oppfyllelse av sin plikt etter forvaltningsloven § 34 annet ledd annet punktum til å ta selvstendig og konkret stilling til skattyters anførsler om usikkerhetsmomentene knyttet til forventet ventetid på behandling i det offentlige helsevesen i 1999.

På denne bakgrunn mener jeg at det «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning for saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum, og jeg må be Sosial- og helsedirektoratet vurdere klagen fra skattyter på nytt.»

Sosial- og helsedirektoratet behandlet deretter klagen på nytt. I brev til ombudsmannen 29. oktober 2004 het det blant annet:

«Faglig forsvarlighet

[---]

Direktoratet har i ettertid kommet til at det ikke er behov for å fastsette noe tidspunkt for når behandlingen er forsvarlig. Helsemyndighetene vurderer om metoden er forsvarlig, og det er direktoratets vurdering at det i sin helhet må være opp til skattemyndighetene å vurdere i hvilken grad det er anledning til å omgjøre tidligere avslag på skattefradrag for utgifter knyttet til denne behandlingsmetoden. Avgjørende for skattemyndighetene må være om metoden er vurdert og akseptert av helsemyndighetene, og om den behandling det søkes fradrag for er den samme. Sosial- og helsedirektoratet viser her til endringene i Lignings-ABC 2003 av 10. mars 2004, hvor Skattedirektoratet har lagt til grunn at behandlingsmetoden vil måtte anses som faglig forsvarlig også for tidligere år, og at krav om endring av ligning begrenses av ligningsloven § 9–6 nr. 2. Sosial- og helsedirektoratet slutter seg til denne vurderingen.

Behandlingstilbud fra det offentlige, spørsmål om ventetid

Skatteloven § 6–83 annet ledd gir «bare rett til særfradrag dersom tilsvarende behandling, pleie eller opphold ikke tilbys av offentlig norsk helse- og sosialvesen». Videre heter det at det må foreligge en vurdering av «om vilkårene i dette ledd er oppfylt i det enkelte tilfelle». Lang ventetid kan gi skatteyter en rett uavhengig av hvilket tilbud det offentlige måtte ha. Sosial- og helsedirektoratet har tidligere i denne saken lagt til grunn at det foreligger et behandlingstilbud ved [den offentlige] klinikken som både er forsvarlig og kan sammenlignes med den behandling skatteyter har fått for behandling av sitt rusproblem. I forbindelse med direktoratets svar til Sivilombudsmannen i juli 2003 ble det også lagt til grunn at ventetiden på behandling ved [den offentlige] klinikken ikke oversteg 4–5 måneder i det aktuelle tidspunkt, og at det ikke kan vurderes som urimelig lang ventetid i forhold til sykdommens alvorlighetsgrad. Det foretas ingen konkret vurdering av om det i denne saken foreligger et behandlingstilbud fra det offentlige. Det vises til forskriften § 2b, jf. § 4.

Det er direktoratets vurdering at det må foretas en konkret vurdering om hvilket tilbud skatteyter har fått. Korrekt lovanvendelse forutsetter korrekt tolkning av vilkårene, og det blir feil når vilkåret tolkes til hvilke mulige behandlingstilbud det offentlige har.

Vilkåret er om det offentlige «har et tilsvarende tilbud». Vilkåret i skatteloven § 6–83 er videre at helsemyndighetene avgjør «om vilkårene i dette ledd er oppfylt i det enkelte tilfelle». Korrekt lovanvendelse forutsetter en korrekt tolkning av forskriftens vilkår, og mye tyder på at dette vilkår tolkes feil når det forutsettes at det er mulig behandlingstilbud som skal vurderes. Det er direktoratets vurdering at det faktum som må vurderes er hvilket tilbud den enkelte faktisk har fått.

Skatteyters begrunnelse for krav om særfra-

drag er knyttet til manglende tilbud i det offentlige, noe som også bekreftes av erklæringen fra legen. Av Fylkeslegens vedtak fremgår at skatteyter ikke skal ha fått noe tilbud om oppfølging ved Y som er en av rusmiddelpoliklinikkene i X fylke som er tilknyttet et Distriktpsikiatrisk Senter. Skatteyter skal ha blitt anbefalt å fortsette behandlingskontakt med psykolog i Æ. Fylkeslegen legger videre til grunn at skatteyter heller ikke har fått annet tilbud fra Ø, og det opplyses at dette bekreftes av skatteyters lege. Videre legges til grunn at det «ikke foreligger opplysninger om at skatteyter har vært henvist til andre deler av offentlig norsk helsevesen for rusproblemer og eventuelt hvor lang ventetid det var der». Fylkeslegens rettsanvendelse bygger imidlertid på at det relevante faktum i denne saken er at det foreligger et eksisterende tilbud, [den offentlige] klinikken, og at denne klinikken ikke har lang ventetid for behandling av rusmisbruk.

Direktoratet legger nå til grunn at skatteyter ikke tilbys behandling for sine rusproblemer av den offentlige helsetjenesten, og at han således hadde berettiget grunn til å søke behandling utenfor den offentlige helsetjenesten. Videre legges til grunn at behandlingen han har fått ved [den private] klinikken i dag vurderes av helsemyndighetene som faglig forsvarlig. Begge vilkårene for å få skattefradrag for behandlingstilbud for helsehjelp utenfor den offentlige helsetjenesten er således oppfylt. Spørsmål om skattefradrag avgjøres av ligningsmyndighetene.

Saken anses med dette for avsluttet fra helsemyndighetenes side.»

Ombudsmannen rådet deretter klageren til å anmode ligningskontoret om at ligningen hans for 1999 ble tatt opp som endringssak etter ligningsloven § 9–5.

48.

Sak om opphør av skatteplikt til Norge etter den tidligere ettårsregelen ved deltakelse i internasjonale fredsbevarende og humanitære oppdrag

(Sak 2004–1796)

Et norsk firma hadde inngått kontrakt med Forsvaret om å drifte strømforsyningen i leirene til de norske fredsbevarende styrkene i Kosovo. Etter det som var opplyst i saken bodde en ansatt i firmaet i forlegningen sammen med øvrige personellgrupper i en toårsperiode. Ligningsmyndighetene anså ham ikke å være omfattet av en liberal praktisering av den tidligere ettårsregelen overfor statlig avlønnet personell i slike oppdrag – en praksis som medførte skattefritak ved ett års utenlandsopphold uten krav om dokumentasjon eller annen prøving av skatteplikten til oppholdslandet. Finansdepartementets begrunnelse var primært at innleid personell hadde en for fjern tilknytning til selve oppdraget, men det ble også påpekt at privat avlønnet personell ikke kunne avkreves statsskatt etter statsskattevedtaket og derfor ville komme gunstigere ut.

Ombudsmannen uttalte at når samfunnsutviklingen medfører at oppgaver som tidligere ble utført av Forsvarets personell i dag utføres av innleide, må utgangspunktet være at relevante skattebestemmelser anvendes likt overfor begge grupper, lagt til grunn at de opererer og bor på om lag samme vilkår. Det var ikke fremlagt opplysninger i saken som tydet på vesentlige forskjeller med hensyn til risiko og styring av personellet. Ombudsmannen mente at det forhold at privat avlønnede ville få fritak også for statsskatt, ikke kunne brukes som begrunnelse for å praktisere fritaksregelen strengere overfor dem.

Etter skatteloven av 1911 § 17 tredje ledd opphørte skatteplikten til Norge ved midlertidig opphold i utlandet av minst ett års varighet, forutsatt at vedkommende godtgjorde skatteplikt som innenlandsboende til oppholdslandet (den såkalte ettårsregelen), jf. senere skatteloven av 1999 som i § 2–1 fjerde ledd for inntektsåret 2001 hadde en tilsvarende regel. Saken her gjelder spørsmålet om, eller på hvilke betingelser, privatansatt (og privatavlønnet) personell i internasjonale fredsbevarende og lignende oppdrag kunne kreve å nyte godt av en ligningspraksis som ble utviklet under den tidligere ettårsregelen, hvoretter statsansatt personell i slike oppdrag ikke behøvde å dokumentere skatteplikt som innenlandsboende i oppholdslandet. Denne praksisen medførte at statsansatt personell nokså automatisk fikk skattefritak ved minimum ett års utenlandsopphold, idet det ble lagt til grunn uten krav om dokumentasjon at personellet var skattepliktig som innenlandsboende i oppdragslandet.

Klageren i denne saken var ansatt i et elektromontørfirma som var engasjert av Forsvaret for å drifte strømforsyningen i de norske militære KFOR-leirene i Kosovo. Han arbeidet for KFOR i Kosovo fra oktober 1999 til oktober 2001. I endelig administrativt vedtak, utsendt 12. november 2003, nektet Hedemarken overligningsnemnd ham skattefritak etter ettårsregelen med den begrunnelse at bestemmelsen ville gi fullt skattefritak for privatansatte, mens statsansatte fortsatt måtte betale statsskatt i henhold til statsskattevedtaket § 3–5 (dvs. fellesskatt og toppskatt med inntil 19,5 %). Dette mente nemnda ga grunn til å stille strengere dokumentasjonskrav overfor privatansatte. Avgjørelsen gjaldt inntektsåret 2001. For inntektsåret 2000 fikk klageren skattefritak under ordinær ligningsbehandling. Dette inntektsåret er etter det opplyste ikke tatt opp til endring.

Saken ble tatt opp med Finansdepartementet, som svarte slik på anmodning om en nærmere begrunnelse for å trekke et skille som nevnt:

«I brevet ber Sivilombudsmannen særlig Finansdepartementet om å kommentere om de lempelige kravene til dokumentasjon av skatteplikt som innenlandsboende bare skulle gjelde for statlig avlønnet personell, eller om det er slik

at bruk av privat avlønnet personell ikke har vært aktuelt før i de senere årene og at problemstillingen derfor heller ikke har vært aktuell tidligere. Det er åpenbart at sammensetningen av vaktstyrkene og oppdragene de skal utføre har endret seg fra den gang de første FN-soldatene ble sendt ut. Som nevnt ovenfor utviklet også praktiseringen av det lempelige dokumentasjonskravet seg og omfattet etter hvert personer som formelt var ansatt hos og mottok lønn fra privat arbeidsgiver, men der lønnen var bevilget av den norske stat som midler øremerket avlønning av et bestemt antall personer til bestemte oppdrag. Etter Finansdepartementets syn må praktiseringen derfor kunne omfatte personer som formelt var privat ansatte og som utførte oppgaver som ikke direkte var knyttet til det militære eller det sikkerhetsmessige oppdraget, når disse personene likevel utgjorde en integrert del av en militær styrke eller vaktstyrke, og utførte arbeidsoppgaver som var nødvendige for at den norske stat kunne utføre de forpliktelser av militær eller sikkerhetsmessig art som den hadde påtatt seg.

Departementet har innrømmet at praktiseringen av bestemmelsen ikke var i tråd med lovens ordlyd, men har funnet det vanskelig å endre en slik innarbeidet praksis uten at dette skjedde gjennom en lovendring. Slik lovendring er nå trådt i kraft og omfatter ikke lenger særregler for slikt personell.»

Departementets svar etterlot uklarheter, og i brev herfra 20. februar 2004 ble det stilt følgende spørsmål:

«Det bes klargjort om departementet mener at privatansatt støttepersonell omfattes av ordningen såfremt lønnsutgiftene dekkes over oppdragets budsjett, eller om henvisningen til øremerkede midler innebærer krav om noe mer spesifikt – i tilfelle hva? Bakgrunnen for denne anmodningen er å få klarlagt om klageren i denne saken kan være omfattet av ordningen slik den er fremstilt av departementet. Hva er begrunnelsen for at bare personell avlønnet av øremerkede midler omfattes av ordningen?

Det er i tillegg ønskelig for ordens skyld å få bekreftet at departementet ikke vil anse det rettslig holdbart å stille ulike dokumentasjonskrav overfor personellgrupper innenfor samme oppdrag, så lenge gruppene står i samme stilling med hensyn til muligheten for å fremskaffe dokumentasjon – departementets brev forstås slik at det avgjørende spørsmålet nettopp er om personellet anses som innenfor oppdraget.»

Til dette svarte departementet 13. mai 2004 bl.a.:

«[---] I relasjon til den gamle ettårsregelen (men også den nye ettårsregelen) innebærer henvisningen til øremerkede midler at det skal foreligge et statlig tilskudd til lønn som er særskilt bevilget til en privat institusjon/arbeidsgiver. Slike bevilgninger ytes normalt på grunnlag av søknad og for en bestemt periode. Det er vanlig at tilskuddene inngår som ledd i statsbudsjettet, og de vil ofte fremstå som egne budsjettposter i det enkelte departements budsjett. For tilskuddsmottakeren vil det foreligge en rapporteringsplikt til det bevilgende departement for hvordan tilskud-

det er brukt. Til orientering følger vedlagt en kopi av Utenriksdepartementets retningslinjer for slike tilskudd.

Ved anvendelsen av gammel (og ny) ettårsregel er det videre et krav om at det statlige tilskuddet skal øremerkes enten et bestemt prosjekt eller en løpende aktivitet i utlandet og at det særskilt skal gå til dekning av lønnsutgiftene for et nærmere bestemt antall personer som skal utføre arbeid for prosjektet/aktiviteten i utlandet. Et tilskudd som ytes en privat mottaker i form av et generelt driftstilskudd vil etter sin natur ikke være øremerket.

Det er heller ikke et statlig tilskudd av øremerkede lønnsmidler at et underordnet statsorgan betaler en privat tjenesteyter/arbeidsgiver for tjenester eller arbeid som dennes ansatte utfører i utlandet på oppdrag fra dette organet. Dette gjelder selv om underorganet avsetter (øremerker) midler i sitt budsjett til et bestemt utenlandsprosjekt og betalingen til en privat tjenesteyter/arbeidsgiver belastes organets budsjett for dette prosjektet.

I sitt brev ber Sivilombudsmannen om en begrunnelse for at det bare er personell som lønnes av øremerkede midler som innrømmes lempeligere dokumentasjonskrav. Begrunnelsen for en slik ordning må ses i lys av flere forhold, herunder utviklingen av praksis gjennom tid.

Praksisen gjaldt opprinnelig bare for norske soldater ansatt i Forsvaret som tjenestegjorde i FNs fredsbevarende styrker i Libanon. Senere ble praksisen utvidet til å omfatte norske FN-soldater som oppholdt seg andre steder enn i Libanon. Så lenge praksisen bare omfattet de egentlige FN-soldatene, var den begrenset til en såpass liten og spesiell gruppe at den til en viss grad lot seg begrunne i forhold til andre grupper som i likhet med FN-soldatene falt utenfor ettårsregelens anvendelsesområde. Praksisen ga uttrykk for et ønske om å fritta en begrenset gruppe personer på oppdrag for og på vegne av den norske stat, i kraft av oppdragenes spesielle karakter. At praksisen medførte et uhjemlet skattefritak, kom derfor i bakgrunnen.

I 2000 ble praksisen også gjort gjeldende for ikke-militært personell som var tilknyttet en vaktstyrke eller som inngikk i et militært sendelag, for eksempel polititjenestemenn. I praksis omfattet gruppen også personell som inngikk i en internasjonal organisasjons sendelag. I likhet med FN-soldatene fylte heller ikke denne gruppen personell betingelsene for skattefritak etter gammel ettårsregel.

Det er først og fremst oppdragets karakter som begrunner utvidelsen av praksis i 2000. Arten av arbeid som skulle utføres av disse personellgruppene var tilnærmet lik soldatenes arbeidsoppgaver. Samtidig var dette personellet, som FN-soldatene, statlig ansatt, enten direkte (eks polititjenestemann ansatt av Justisdepartementet) eller gjennom ordningen med spesialutsendinger fra Utenriksdepartementet (eks person på oppdrag for OSSE, med hel eller delvis UD-støttet lønn).

I 2001 blir den lempelige praksisen utvidet til å omfatte en liten gruppe personer tilknyttet ett bestemt prosjekt. Også i dette tilfelle dreier det seg om et internasjonalt fredsbevarende oppdrag: personellet, som er sekondert fra Utenriksdepartementet, skal utføre oppgaver for TIPH i Hebron. I motsetning til de tidligere gruppene som

den lempelige praksisen gjaldt for, omfatter denne utvidelsen privat ansatt personell. De personene det gjelder, er formelt ansatt i og lønnet av Flyktningrådet, men Flyktningrådet mottar støtte fra Utenriksdepartementet til sekonderingen i form av øremerkede midler.

I et upublisert brev av 4. september 2002 til en skattyter uttalte departementet at den lempelige praksisen med hensyn til dokumentasjonskravet «gjelder generelt for alt personell som formelt er ansatt hos og mottar lønn fra privat arbeidsgiver, men hvor lønnen er bevilget av den norske stat som midler øremerket til avlønning av et bestemt antall personer til bestemte oppdrag. Forutsetningen er at personellet ikke oppholder seg i områder hvor Norges skatteavtaler gjelder.» Uttalelsen 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 lempeligere dokumentasjonspraksisen skal kunne anvendes. For eksempel vil ulike typer bistands- og utviklingsoppdrag i utlandet falle inn under ordningen.

Når utvidelsene i 2001 og 2002 er begrenset til ansatte som lønnes av statlige øremerkede midler, skyldes dette flere forhold: Etter sin ordlyd gir ettårsregelen anvisning på at en person som oppfyller vilkårene kan fritas for skatteplikten til Norge. Den er en regel om midlertidig opphold i utlandet, og bygger på en forutsetning om at selv om skatteplikten til riket opphører, er personen det gjelder fortsatt skattemessig bosatt i Norge under utenlandsoppholdet. Opprinnelig ble regelen praktisert slik at skattefritaket ikke rakk lenger enn det formålet om å unngå dobbeltbeskatning tilsa. En gradvis utglidning av praksisen på dette området førte imidlertid til at arten av inntekter som ble fritatt fra norsk beskatning stadig ble utvidet. Dette førte til at personer som var omfattet av ettårsregelen av ligningsmyndighetene ble ansett for å være skattemessig bosatt i utlandet under utenlandsoppholdet. I den grad disse personene hadde stedbundet inntekt i Norge (fast eiendom, næringsinntekt, lønn fra den norske stat osv) ble de derfor skattlagt med hjemmel i lovbestemmelser som gjaldt for personer bosatt i utlandet.

Oppfatningen av at en person som er omfattet av ettårsregelen er skattemessig bosatt i utlandet under utenlandsoppholdet, ligger til grunn for beskatningen av FN-soldatene samt de andre gruppene som den lempelige praksisen ble gjort gjeldende for i 2000. Som statsansatte fikk dette personellet ikke full skattefrihet i Norge. De ble fritatt for kommune- og fylkesskatt, men ble ilignet statsskatt med grunnlag i statsskattevedtaket, se § 3–5 første ledd i statsskattevedtaket.

Det finnes ikke intern hjemmel i norsk skattelovgivning til å beskatte privatansatte personer som er skattemessig bosatt i utlandet og som utfører arbeid i utlandet, selv om de mottar lønn fra en norsk arbeidsgiver. Privatansatte som fylte kravene etter den gamle ettårsregelen, ville derfor være helt fritatt fra norsk skatt på lønnsinntekt opptjent i utlandet.

Det er blant annet forskjellen i beskatningen av i utlandet bosatte privatansatte og i utlandet bosatte statlig ansatte som ligger til grunn for at utvidelsen av den lempelige praksisen i 2001 bare gjaldt ansatte i Flyktningrådet med lønn fra

øremerkede midler. Selv om de er formelt ansatt hos en privat arbeidsgiver og mottar lønnen sin fra en privat arbeidsgiver, medfører henvisningen til øremerkede midler at den lønnen de ansatte i Flyktningrådet mottar, skal klassifiseres som lønn fra den norske stat og skattemessig behandles som lønn fra den norske stat. Uten denne begrensningen ville de ansatte i Flyktningrådet komme skattemessig gunstigere ut enn de statlige ansatte innenfor samme eller på tilsvarende oppdrag ved anvendelsen av gammel ettårsregel.

De personer den lempelige praksisen gjelder for, må delta i det internasjonale oppdraget som den norske stat har påtatt seg å utføre, ved å tilhøre den vaktstyrken eller det sendelaget som skal gjennomføre oppdraget. Det vil normalt bare omfatte personer som direkte eller gjennom øremerkede midler mottar statlig lønn for å delta i oppdraget. Dette skyldes at når den norske stat som sådan påtar seg et internasjonalt fredsbevarende oppdrag, er det bare når personer mottar statlige lønnsmidler at staten gjennom slike personer, i egenskap av stat, kan utøve de offentlige funksjoner for det internasjonale samfunnet som oppdraget tilsier. Etter departementets mening vil dette ikke omfatte personer som mottar sin lønn fra en privat arbeidsgiver når arbeidsgiveren påtar seg et privatrettslig næringsoppdrag for et statlig organ og arbeidsgiveren beholder kontrollen og instruksjonsmyndigheten over de ansatte. Slike næringsoppdrag vil normalt være av privat karakter og dermed ha for svak tilknytning til et overordnet offentlig oppdrag som Norge i egenskap av stat har påtatt seg, til at det kan sies å «ligge innenfor oppdraget».

Departementet kom senere med bl.a. følgende kommentarer:

«Som nevnt i departementets brev av 13. mai d.å. er det tre uttalelser fra departementet som er av betydning for den gradvise utviklingen av den praksis som skjedde fra 2000 og fram til ettårsregelen ble opphevet 1.1.2003. Den første uttalelsen var brevet til sivilombudsmannen i 2000 (brev 1), det neste var brevet om Flyktningrådets ansatte på oppdrag for TIPH i 2001 (brev 2) og til sist kom det upubliserte brevet av 4. september 2002 (brev 3).

De tre brevene gjelder tre forskjellige grupper av personell. Fram til 2000 omfattet den lempelige praksisen bare norske militære styrker og annet personell med militært oppdrag fra Norge, FN eller OSSE.

I *brev 1* utvides denne praksisen til personer som funksjonelt sett tilhører en vaktstyrke eller et sendelag, men uten at de nødvendigvis må ha militære oppgaver. Det medfører at både militære og sivile tjenestemenn med sivile oppgaver fra nå av kan anvende ettårsregelen.

Brev 1 innebærer en svært begrenset utvidelse av muligheten til å kunne oppnå skattefritak etter ettårsregelen, og utvidelsen er utelukkende knyttet til arten av arbeidsoppgaver. Uttalelsen gjelder imidlertid bare for militært og sivilt personell som er lønnet av den norske stat. Den innebærer derfor ingen endring av praksisen for arbeidstakere med lønn fra private kilder, slik advokaten synes å forutsette.

Uttalelsen i brev 1 gjelder for personer som ofte ikke kan bruke ettårsregelen. At regelen ik-

ke kan anvendes for disse personene, skyldes at de av forskjellige grunner rent faktisk ikke er skattepliktige som innenlandsboende i oppholdslandet. I brev 1 er imidlertid endringen i ligningspraksis omtalt som en lempning av ettårsregelens dokumentasjonskrav. Dette er noe upresist formulert. For de persongrupper som ikke kan bruke ettårsregelen, finnes det ikke noe dokumentasjonskrav. For disse er det ettårsregelens materielle krav om å være innenlandsboende som i realiteten blir satt til side i brev 1. Uttalelsens begrensede omfang må derfor ses i lys av dette.

Uttalelsen i *brev 2* gjelder for ansatte i Flyktningrådet på oppdrag for TIPH i Hebron. De ansatte får anvende en lempelig praksis forutsatt at de mottar lønn fra statlige øremerkede midler. Denne uttalelsen er sterkt begrenset i det den bare omfatter ansatte på ett navngitt oppdrag. Den omfatter derfor ikke Flyktningrådets ansatte på alle de andre og mange oppdragene som Flyktningrådet har i utlandet, selv om oppdragene utføres av ansatte med lønn fra statlige øremerkede midler. Som nevnt i departementets brev av 13. mai d.å., blir den lempelige praksisen først gjort gjeldende for privatansatte uavhengig av oppdragets karakter i brev 3, men fortsatt under forutsetningen av at den ansattes lønn dekkes av offentlige øremerkede midler og at oppholdet ikke finner sted i et land som Norge har skatteavtale med. Vi viser for øvrig til den nærmere omtalen av brev 2 og brev 3 i brevet 13. mai d.å.

Kravet om øremerkede midler er objektivt sett et tilleggskrav slik det fremkommer i disse to brevene, men det er ikke et tilleggskrav i forhold til de betingelsene som følger av uttalelsen i brev 1, slik advokaten anfører. Advokaten synes å legge til grunn at det sivile personellet som brev 1 nevner, generelt omfatter både offentlige ansatte og privatansatte. Det fremgår av det som er sagt ovenfor, at dette ikke er tilfelle. Det er først i brev 2 og brev 3 at den lempelige praksisen gjøres gjeldende for visse grupper privatansatte, men bare for dem med lønn som dekkes av offentlige midler.

Heller ikke de offentlig lønnede privatansatte som nevnes i brev 2 og brev 3, kan anvende ettårsregelen på lik linje med øvrige privatansatte med lønn fra private kilder. I likhet med de ansatte som er omhandlet i brev 1, skyldes dette at disse arbeidstakerne tilhører personellgrupper som av forskjellige grunner ofte ikke oppfyller lovens materielle krav om å være skattepliktige som innenlandsboende i oppholdslandet. Som betingelse for at denne gruppen likevel skal kunne benytte seg av ettårsregelen, er det oppstilt et tilleggskrav om at lønnen skal komme fra øremerkede midler. Privatlønnede ansatte har aldri vært omfattet av den særskilte praksisen. Etter departementets mening innebærer det ikke en urimelig forskjellsbehandling av privatlønnede at det er oppstilt et tilleggskrav om øremerkede midler for den førstnevnte gruppen. Dersom også de privatlønnede skal omfattes av den særskilte praksisen, vil dette i realiteten innebære at lovens krav om dokumentasjon for skatteplikt som innenlandsboende helt bortfaller for alle skattytere som oppholder seg i land som Norge ikke har skatteavtale med.

[---]

Avslutningsvis vil departementet bemerke at privatansatte nordmenn med arbeidsopphold i ut-

landet regelmessig blir skattepliktige innenlandsboende i de aller fleste land, hvis bare oppholdet i det angjeldende land varer lenge nok, lønnen ikke stammer fra offentlige norske midler og det ikke dreier seg om humanitære oppdrag. I forhold til det å bli ansett som skattepliktige som innenlandsboende, er slike privatansatte derfor vanligvis i en helt annen situasjon i oppholdslandet enn for eksempel norsk militært eller humanitært personell med et overordnet statlig eller internasjonalt oppdrag.

For privatansatte med lønn fra private kilder gjelder kravet om at skatteplikten som innenlandsboende på vanlig måte må dokumenteres, for at ettårsregelen skal kunne anvendes. Også når det gjelder muligheten til å få sin skattemessige status bekreftet av oppholdslandets myndigheter, er slike privatansatte i en annen og langt enklere stilling enn eksempelvis militært personell.

Som innenlandsboende i oppholdslandet har både arbeidstakere og arbeidsgivere forpliktelser i forhold til oppholdslandets skattemyndigheter. Den ansatte har normalt plikt til å gi opplysninger om alle inntektene sine (globalskatteplikt) og eventuelt sende selvangivelse hvis det er krav om det, mens en arbeidsgiver nesten uten unntak har plikt til å trekke og innbetale skatt for sine ansatte. At arbeidstaker og arbeidsgiver er utenlandske (norske), betyr som regel ingenting i forhold til slike forpliktelser.

For arbeidsgivere og arbeidstakere med sivile oppgaver skal det erfaringsmessig svært mye til før situasjonen i oppholdslandet medfører at det overhodet ikke er mulig å etterkomme oppholdslandets skatteregler. Har arbeidsgiver og/eller arbeidstaker først vært i kontakt med landets skattemyndigheter, er det som regel enkelt å få dokumentert hvilken skattemessig tilknytning den ansatte har hatt under oppholdet. Det er derfor svært sjelden et reelt behov for å lempe på dokumentasjonskravet for vanlige privatansatte.»

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1.

Skattelovene av 1911 § 17 og av 1999 § 2–1 slik den lød for inntektsåret 2001, hadde en ordlyd som åpnet for opphør av skatteplikt til Norge også ved midlertidig opphold i utlandet forutsatt at vedkommende godtgjorde skatteplikt som innenlandsboende til oppholdslandet.

Departementet har på en tydelig måte i sine svar under undersøkelsene av saken herfra beskrevet en ligningspraksis som for en del skattytere har gitt en noe lempeligere anvendelse av lovbestemmelsene enn hva ordlyden gir anvisning på. I dette tilfellet er spørsmålet særlig knyttet til adgangen til å gi avkall på eller se lempeligere på krav til godtgjøring eller dokumentasjon på skatteplikt som innenlandsboende i oppholdslandet.

Lovbestemmelsenes ordlyd gir selvsagt en viktig anvisning fra Stortinget til forvaltningen på hva regelen går ut på og derved hva anvendelsen av den i konkrete saksforhold bør lede til. Loven vil derfor i

mange tilfeller kunne danne en skranke eller begrensning i forhold til hvilke goder forvaltningen i sin praksis kan tilstå den enkelte eller for hvilke byrder som det kan gis lemping eller fritak for. Hvilket rettsgrunnlag ut over reelle hensyn som måtte ligge til grunn for forvaltningspraksis i disse sakene, går jeg ikke inn på.

Ettårsregelen må fortolkes og anvendes på konkrete faktiske omstendigheter i enkelttilfeller. Det kan da som antydnet etableres en mer eller mindre entydig og fast forvaltningspraksis som – slik som i denne saken – kan stå i kontrast til lovens ordlyd. Ligningsmyndighetene og departementet må i utgangspunktet ha et hovedansvar for og en rett til, uten å trå legalitetsprinsippet for nær, selv å bestemme og presisere hvor vidtrekkende en hovedsakelig begunstigende praksis bør være. Skatteretten er imidlertid et forvaltningsområde der likhetshensyn og alminnelige rettferdsbetraktninger står sterkt. Dette gjelder både anvendelsen av regler som pålegger skatteplikt og regler som gir rett til fradrag i inntekt. Den frihet ligningsmyndighetene måtte ha til å gjøre unntak fra skatteplikt, må ved praktiseringen i enkeltsaker særskilt ta i akt betydningen av ikke å gjøre seg skyldig i usaklig forskjellsbehandling. Som det vil fremgå nedenfor, har jeg funnet grunn til å sette et tydelig spørsmålstegn ved om ikke skattyter i denne saken ut fra likhetshensyn bør komme i samme gunstige kategori som øvrig personell når det gjelder praktiseringen av den tidligere såkalte ettårsregelen.

2.

I den tidligere ombudsmannssaken som det har vært referert til (sak 1999/1650), fremstilte departementet hele tiden den ordningen som var etablert som en lemping av *dokumentasjonskravet* i ettårsregelen. I brev i saken 15. februar 2000 skrev departementet f.eks.:

«Den fortolkning av dokumentasjonskravet i skatteloven § 2–1 fjerde ledd tredje punktum (tidligere skattelovs § 17 tredje ledd annet punktum) som i utgangspunktet ble praktisert overfor militært FN-personell i Midt-Østen, har fra 1950/60-årene og opp til i dag blitt videreført for visse typer personell i nærmere spesifiserte folkerettslige organisasjoner og geografiske områder. Grunnlaget for at man lempet på dokumentasjonskravet overfor spesielle personellgrupper, var at det ble ansett lite rimelig å kreve at væpnede styrker og lignende personell – som ble sendt til de krigsrammede områder for å gjeninnføre/opprettholde freden – skulle måtte oppsøke krigslandets myndigheter for å få dokumentasjon for at de var skattepliktige som innenlandsboende der.»

I den foreliggende saken har departementet etter hvert beveget seg bort fra dette. I de brevene departementet nå har skrevet gir det inntrykk av at det er

bestemmelsens materielle vilkår det er gitt fritak fra. Ordningen skal ikke ha hatt sin årsak i reelle dokumentasjonsproblemer, men bunnet i et ønske om å gi skattefritak til enkeltgrupper på spesielle internasjonale oppdrag for den norske stat. Til tross for dette, argumenterer imidlertid departementet, så sent som i brevet 6. september 2004, for at det er mye enklere for privatansatt og privatavlønnet personell å skaffe dokumentasjon fra oppholdslandets skattemyndigheter. Dette gjør det samlet sett noe uklart hva departementet mener om ordningens karakter.

3.

Spørsmålet i saken er om det innebærer usaklig forskjellsbehandling når den tidligere ettårsregelen anvendes strengere overfor innleid støttepersonell enn overfor personell som er ansatt i Forsvaret.

Dersom man ser særordningen som en lemping av dokumentasjonskravet, og vurderer et eventuelt brudd på likhetsprinsippet i forhold til dette, må utgangspunktet tas i departementets uttalelser om at det er mye enklere for privatansatt personell å fremkaffe dokumentasjon fra oppholdslandets myndigheter. Jeg stiller meg tvilende til det departementet skriver om dette. På samme måte som de private firmaene (og deres ansatte) kan kontakte oppholdslandets myndigheter, måtte Forsvaret kunne gjøre det. Dette spørsmålet må prinsipielt sett holdes adskilt fra det materielle spørsmålet om skatteplikt til oppholdslandet. Når det gjelder muligheten for å fremkaffe opplysninger og dokumentasjon, og få sin skattemessige status bekreftet fra skattemyndighetene i oppholdslandet, må det kunne legges til grunn at Forsvaret og Forsvarets personell ikke står i noen annen stilling enn innleid personell.

Hvis man derimot ser særordningen som en lemping av det materielle vilkåret for skattefritak etter ettårsregelen (at man er skattepliktig i oppholdslandet), får ordningen preg av en form for dispensasjon fra den alminnelige skatteplikten for grupper som utfører særskilte internasjonale oppdrag for Norge. Her er departementets synspunkt at innleid personell har for svak tilknytning til det overordnede offentlige oppdraget til at det er naturlig å definere dem som en del av oppdraget. Dette begrunnes med at det er tale om næringsoppdrag av privat karakter, og at personellens arbeidsgivere beholder kontrollen med og styringsretten over personellet.

Når Forsvaret utfører internasjonale oppdrag på vegne av den norske stat, har det tradisjonelt vært slik at oppgavene utelukkende ble utført av Forsvarets eget personell. Det gjelder ikke bare stridende eller operative funksjoner, men også alle typer støttefunksjoner som krever permanent tilstedeværelse i forlegningen. Men dette har endret seg i takt med samfunnsutviklingen, og i dag er det en viss praksis for i Forsvaret at ulike støttefunksjoner leies inn på kontrakt med private firmaer. Firmaene stiller perso-

nell til disposisjon for Forsvaret. Hva slags kontrakter som inngås, om Forsvaret stiller krav til personellens egnethet osv., og hvilke regler og forordninger de underlegges, er det ikke fremlagt nærmere opplysninger om. Jeg stiller meg derfor noe spørrende til departementets uttalelse om at arbeidsgiver beholder kontroll og styringsrett med personellet. Ut fra det som foreligger, legger jeg til grunn at klageren i denne saken har bodd i forlegningen på linje med Forsvarets eget personell. Det er fremlagt en uttalelse fra Forsvarbygg der det heter at innleide elektrikere i KFOR arbeidet under samme regelverk og krav som «håndverkerlaget» og at Forsvaret hadde sikkerhetsansvaret for dem. Det vises til vedlagte kopi.

Etter mitt syn kan det, slik saken er opplyst, ikke uten videre legges til grunn at det er saklig grunn til å skille etter hvilken tilknytning personellet har til Forsvaret – om det er gjennom ansettelse eller oppdrags-/firmakontrakter. Det vesentlige må være om personellet bor og opererer på om lag samme vilkår som det militære personellet. Hvis det er tilfellet, og det innleide personellet utfører oppgaver som tidligere ble utført av Forsvarets eget personell, er det vanskelig å se at det kan være saklig å unnta personellet fra den ellers etablerte særordningen. De tar da samme risiko som tilsvarende oppgaver som løses av Forsvarets personell, og deres funksjon blir like viktig for oppdragets utførelse som om den var lagt til Forsvarets personell.

Departementet har selv gitt uttrykk for at det ble vanskelig å praktisere særordningen etter hvert som Norge påtok seg nye typer internasjonale oppdrag med stadig nye personellgrupper og humanitære organisasjoner involvert. Problemet har bestått i å avgrense kretsen av dem som skulle nyte godt av særordningen. Denne saken føyer seg inn i rekken. Mitt inntrykk er at skattemyndighetene strekker seg svært langt i sine bestrebelser for å begrense omfanget av den rettslig sett noe spesielle ordningen som etter hvert utviklet seg. Når samfunnsutviklingen medfører at Forsvaret i dag organisatorisk løser sine oppdrag på annen måte enn tidligere, står det imidlertid for meg som lite naturlig å bruke det som argument for å skille mellom personellgrupper som alle (på stedet) bidrar til gjennomføring av oppdraget. Jeg er ikke enig med departementet i at en annen løsning ville bety at enhver privatansatt med arbeid i utlandet ville bli fritatt. Det er utelukkende spørsmål om det er riktig å skille mellom ulike kategorier av personell tilknyttet det enkelte oppdrag som er omfattet av ordningen.

4.

Departementet har også redegjort for den generelle praktiseringen av den tidligere ettårsregelen, hvorefter personer som var omfattet av ettårsregelen etter hvert ble ansett som skattemessig bosatt i utlandet. Denne fortolkningen medførte, så vidt jeg forstår, at

statskattevedtakets bestemmelser om skatteplikt for personer «som ikke har bopel i riket» ble anvendt på oppdragspersonellet. Dette ga hjemmel for å kreve fellesskatt og toppskatt av lønn fra staten. Men man har ingen tilsvarende hjemmel for å skattlegge personer i samme situasjon som mottar lønn fra private. Departementet skriver at dette er noe av bakgrunnen for at den utvidelsen av ordningen som fant sted i 2001 bare omfattet personell fra Flyktningerådet som var lønnet av øremerkede statsmidler og derfor kunne skattlegges etter statskattevedtaket.

Jeg kan vanskelig se at dette argumentet rekker lenger enn til å begrense den fordelene private oppnår tilsvarende statsansatte, dersom det er mulig. Det kan vanskelig være et avgjørende argument for å praktisere en lovbestemmelse annerledes overfor denne gruppen, lagt til grunn at den ellers står i samme stilling som øvrige personellgrupper.

5.

På denne bakgrunn anmodes departementet om å foreta en ny vurdering av det rettslige grunnlaget for å anvende loven strengere overfor privatavlønnet personell.»

49.

Skattemessig bosted ved arbeidsopphold i Sverige – forholdet til den tidligere ettårsregelen

(Sak 2004–2405)

Spørsmål om skatteplikt til Norge under et to års arbeidsopphold i Sverige. I klagen var det gjort gjeldende at når skattemyndighetene i Sverige anså A som bosatt der, også etter Den nordiske skatteavtalen, og hadde tatt ham opp til beskatning som innenlandsboende, var norske skattemyndigheter bundet av dette i forhold til den tidligere regelen i skatteloven om opphør av skatteplikt til Norge etter ett år når det godtgjøres skatteplikt til oppholdslandet som innenlandsboende. A gjorde også gjeldende at overligningsnemnda uansett hadde tatt feil når den hadde kommet til at det skatteavtalemessige bostedet var Norge.

Ombudsmannen uttalte at ettårsregelen, som ble innført før skatteavtalene kom, ikke kunne sette til side den retten til selvstendig prøving av avtalevilkår som skattemyndighetene i hver enkelt kontraherende stat ellers har etter skatteavtalene. Etter en konkret prøving uttrykte ombudsmannen tvil om holdbarheten av den bostedsvurderingen norske skattemyndigheter hadde foretatt i saken, og ba om ny behandling.

A arbeidet og bodde i Sverige sammen med kone og tre barn fra våren 1999 til april 2001. A var ansatt i IBM Norge AS, og var «utstasjonert» hos IBM Sverige AB i Stockholm for den aktuelle perioden.

Under Sverige-oppholdet ble lønnen utbetalt gjennom IBM Norge, men belastet IBM Sverige. Den boligen familien eide i Norge var etter det som ble opplyst i saken utleid fra 2. juli 1999 til 15. desember 2000. I Sverige bodde familien, med unntak for den første måneden, i en og samme bolig under hele oppholdet, dvs. ca 2 år. Dette var en bolig de leide.

Ved ligningen i Norge for 1999 fremla A dokumentasjon fra svenske skattemyndigheter som viste at han ble skattlagt i Sverige på samme måte som fast bosatte, og at svenske myndigheter hadde basert sin avgjørelse på en vurdering både av svensk intern lovgivning og skatteavtalen. På det grunnlaget krevde A fritak for norsk skatteplikt i henhold til § 17 tredje ledd annet punktum i den dagjeldende skatteloven av 1911 («ettårsregelen»), som bestemte at skatteplikten til Norge faller bort hvis skattyteren «godtgjør at han er skattepliktig som innenlandsboende i det land hvor han oppholder seg» og oppholdet varer minst ett år.

A fremla også opplysninger om boligutleien i Norge og hvordan familien hadde innrettet seg i Sverige.

Som ledd i saksforberedelsen kontaktet Follo likningskontor svenske skattemyndigheter, som pr. telefon opplyste at de anså A som skatteavtalemessig bosatt i Sverige fordi han arbeidet og bodde der sammen med kone og barn, og at arbeidsgiver var IBM Sverige.

Overligningsnemnda i Follo la til grunn som sitt utgangspunkt at A måtte anses å være bosatt både i Norge og Sverige etter landenes internrett, og med det også etter skatteavtalens artikkel 4 nr. 1, som sier at man ved bedømmelsen av hvor en skattyter er bosatt, først skal se på hva som følger av landenes interne lovgivning. Når internretten således ikke ga noen løsning, måtte As skattemessige status, dvs. den endelige fastleggelse av skattemessig bosted, avgjøres på grunnlag av rangeringskriteriene i skatteavtalens art 4 nr. 2, som i prioritert rekkefølge er det landet hvor skattyteren disponerer fast bolig, hvor han har sentrum for sine livsinteresser, hvor han har vanlig opphold, og hvor han er statsborger.

Nemnda kom til at A bare kunne sies å disponere fast bolig i Norge. Nemnda baserte sin argumentasjon på kommentarene til de parallelle bestemmelsene i OECDs mønsteravtale. Fra vedtaket siteres:

«Kommentarene til OECD's mønsteravtale, som danner grunnlaget for de skatteavtaler Norge har inngått med andre land, gir nærmere retningslinjer for hvorledes begrepet «fast bolig» skal forstås. Ifølge kommentarene skal skattyteren i første omgang anses bosatt i den stat hvor han eier eller råder over en fast bolig, «has a permanent home available to him». Det fremgår videre av kommentarene at «denne bolig skal være av vedvarende karakter, dvs den fysiske person skal ha etablert og bibeholdt den til stadig bruk, i motsetning til det å oppholde seg et bestemt sted under slike vilkår at det er åpenbart at oppholdet

er tilsiktet å være av kort varighet». Det blir i kommentarene presisert at «boligens varige karakter er vesentlig».

Det er ikke omstridt at skattyter hadde fast bolig i Norge før utreisen til Sverige. Spørsmålet blir om boligen mistet sin karakter av «fast bolig» under oppholdet i Sverige fordi han faktisk har oppholdt seg i Sverige, eller om skattyter fortsatt anses å disponere fast bolig i Norge under sitt utenlandsopphold.

Avgjørende ved vurderingen av om skattyter har beholdt sin faste bolig i Norge vil være om han under utenlandsoppholdet fortsatt må anses å ha boligen i Norge til sin rådighet. Utleie vil etter omstendighetene kunne føre til at skattyter mister disposisjonsretten over boligen slik at boligen ikke kan sies å være den faste bolig. I nærværende sak er leieforholdet i henhold til kontrakt avtalt fra 2.07.99 til 31.08.00 da leieforholdet opphører uten oppsigelse. I skattyterens brev av 6.11.01 er det opplyst at boligen i Norge var leid ut fra 1.01.00 til 15.12.00. Uansett må utleieforholdet anses å være av kortvarig karakter, og kan etter nemndas mening ikke føre til at rådigheten anses for å være tapt. I Danmark har Høyesterett lagt til grunn at en utleiet bolig ikke mister sin karakter av å være den utflyttedes faste bolig før boligen har vært leiet ut i minst 3 år sammenhengende. Da mønsteravtalens nærmere presisering av bostedsbegrepet skal legges til grunn ved tolkningen av Den nordiske skatteavtalen, mener overligningsnemnda at den danske praksis også bør ha en viss relevans i denne saken.

Overligningsnemnda konkluderer derfor med at skattyteren fortsatt har sin «faste bolig» i Norge.

Overligningsnemnda må videre vurdere om skattyteren også må anses å disponere «fast bolig» i Sverige.

Som det fremgår av kommentarene til mønsteravtalen ligger i begrepet «fast» et tidskrav. Oppholdet representerte i dette tilfellet et midlertidig arbeidsopphold, og det var allerede på utreisetidspunktet klart at oppholdet skulle vare i 2 år fra 1.03.99. I arbeidsgivers brev av 26.09.00 ble imidlertid arbeidsoppholdet utvidet med 5 måneder. Det fremgår av klagen at skattyteren har bodd i to leide boliger i denne perioden. Skattyteren anfører at «leiligheten hans i Stockholm ikke var klar før 31. mars 1999. Han bodde i en midlertidig leilighet frem til den permanente boligen var klar.»

Nemnda finner det imidlertid lite naturlig å si at den «permanente» boligen i Sverige er av «vedvarende karakter», jf. den tolkningen mønsteravtalen gir anvisning på, men at begge boligene i Sverige var «midlertidig».

Overligningsnemnda har således kommet til at skattyteren ikke kan anses å ha «fast bolig» i Sverige i skatteavtalens forstand.

Overligningsnemnda vil for øvrig bemerke at i henhold til mønsteravtalens kommentarer skal skatteavtalens regler ved en bostedskonflikt tilstrebe å gi det land forrang som skattyteren har størst tilknytning til. I kommentarene (på dansk) er det bl a uttalt følgende:

«Hvis en person som har bolig i en stat, etablerer en anden i den anden stat og bibeholder den første, kan det faktisk at han bibeholder den første i de omgivelser, hvor han alltid har boet, hvor han har arbeidet, og hvor han har sin familie og ejendele sammen med andre elementer, bi-

drage til at vise, at han har bevaret midtpunktet for sine livsinteresser i den første stat».

Selv om ovennevnte kommentarer gjelder direkte spørsmålet om hvor «sentrum for livsinteressene» befinner seg, så gir kommentarene her klart uttrykk for at boligen i Norge skal tillegges vesentlig vekt i vurderingen av hvor skattyter skal anses bosatt etter skatteavtalen. Selv om skattyteren etter en kortere tid i Sverige må antas å ha skaffet seg en viss sosial kontaktflate også der, finner nemnda det overveiende sannsynlig at hans sosiale omgang, familie mv for en vesentlig del fortsatt befinner seg i Norge. Han har dessuten fortsatt sin arbeidsgiver i Norge og skulle vende tilbake til Norge etter avsluttet arbeid i Sverige. Det vises her til arbeidskontrakten som klart gir uttrykk for at skattyter under sitt opphold i Sverige har sin rette arbeidsgiver hos IBM Norge A/S, og at arbeidsoppholdet i utlandet er en midlertidig utstasjonering.»

Overligningsnemnda gikk deretter over til å drøfte forholdet til den tidligere ettårsregelen i skatteleven av 1911 § 17. Om dette uttalte nemnda bl.a.:

«Subsidiært påstår skattyteren at hans skatteplikt som bosatt i Norge skal opphøre fra utreisetidspunktet 15. februar 1999 i henhold til skatte-loven § 2–1 (4) 3. okt. Bestemmelsen lyder som følger:

«Har oppholdet vart i minst ett år og medfører skatteplikt som innenlandsboende i oppholdsstaten, bortfaller skatteplikten her fra det tidspunkt slik utenlandsk skatteplikt godtgjøres å inntre.»

Skattyteren mener at vilkåret «skattepliktig som innenlandsboende» må anses oppfylt og viser til den fremlagte skatteavtalebekreftelse fra kompetent myndighet i Sverige, kopi av selvangivelser som bekrefter at han og ektefellen er skattlagt som bosatt, samt at familien har oppholdt seg mer enn ett år i Sverige.

Overligningsnemnda vil bemerke at etter skatteleven § 17 tredje ledd 2. punktum opphører skatteplikten til Norge dersom skattyteren faktisk har oppholdt seg sammenhengende i et annet land i minst ett år og blitt skattepliktig der som innenlandsboende. Forutsetningen er at vedkommende blir skattepliktig på samme vilkår som oppholdsstatens egne innbyggere. Hvis det foreligger skatteavtale mellom Norge og oppholdsstaten, har Borgarting lagmannsrett i dom av 27. september 1997 uttalt at det vil være skatteavtalen som endelig avgjør hvor skattyteren skal anses bosatt. Hvis skattyteren etter avtalen er å anse som bosatt i Norge, vil dette avskjære oppholdsstaten fra å skattlegge ham. I et slikt tilfelle vil man ikke kunne legge til grunn at skattyteren er skattepliktig som innenlandsboende i oppholdsstaten, selv om oppholdsstatens interne regler skulle innebære at vilkårene for skattlegging som innenlandsboende var tilstede.»

Nemnda refererte også en uttalelse av Finansdepartementet i Utv 2001 s. 1647 som gikk i samme retning, og konkluderte med at ettårsregelen ikke kunne anvendes når norske skattemyndigheter hadde

kommet til at skattyteren ikke var skattemessig bosatt i Sverige etter skatteavtalen.

A, ved advokat Tove Ihle-Hansen, brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble herfra bedt om en nærmere redegjørelse fra Follo likningskontor for betydningen i forhold til ettårsregelen av at kompetent myndighet i Sverige hadde tatt A opp til beskatning der som innenlandsboende etter en vurdering også av skatteavtalen, og at A hadde dokumentert dette. Det ble også bedt om kommentarer til det som var anført i klagen om overligningsnemndas avgjørelse vedrørende «fast bosted» i art 4 pkt. 2 i skatteavtalen. A hadde bl.a. anført at utleie medfører tap av disposisjonsrett, og at den danske oversettelsen av kommentarene til OECDs mønsteravtale på dette punkt stiller krav om at boligen står til skattyterens rådighet «kontinuerlig til alle tider og ikke leilighedsvis», et krav som det ble hevdet måtte gjelde boligene i begge de berørte stater.

Ligningskontoret ga i sitt svar uttrykk for at norske ligningsmyndigheter på selvstendig grunnlag må vurdere bostedsbestemmelsen og avgjøre om skattyter er bosatt i Norge eller oppholdslandet etter skatteavtalen artikkel 4 pkt. 2. Først deretter kan det være aktuelt å vurdere ettårsregelen. Og hvis norske ligningsmyndigheter mener det skatteavtalemessige bostedet er i Norge, kan norske ligningsmyndigheter ikke samtidig legge til grunn at skattyteren er skattepliktig som innenlandsboende i oppholdsstaten. I en slik situasjon er det opp til skattyteren å ta saken opp etter tvisteløsningsreglene i skatteavtalen artikkel 28, da med skattemyndighetene i den staten han mener seg bosatt.

Når det gjaldt overligningsnemndas avgjørelse av bosted etter skatteavtalen artikkel 4 pkt. 2, nøyde ligningskontoret seg med å bemerke at det var enig i nemndas vurderinger og konklusjon.

As advokat imøtegikk ligningskontorets uttalelser om ettårsregelen. Etter dette ble Finansdepartementet bedt om å redegjøre nærmere for forholdet mellom denne regelen og skatteavtaler, spesielt den situasjon at norske skattemyndigheter setter til side dokumentasjon fra oppholdslandets skattemyndigheter.

Departementet uttalte at den tidligere ettårsregelen stilte krav om skatteplikt i oppholdslandet på linje med vanlig bosatte, og at det måtte inkludere en vurdering også av eventuell skatteavtale. Videre ble det uttalt at Norge ikke har noen automatisk forpliktelse til å legge det andre landets forståelse av skatteavtalemessig bosted til grunn. Hvor skattemyndighetene i de kontraherende stater konkluderer ulikt, skrev departementet at avtalens system er at den skattepliktige selv må ta initiativ til å få fastsatt hvilken stat som skal anses som bostedsland ved gjensidig avtale mellom de to statene. Dette kan den skattepliktige gjøre ved å ta saken opp med den stat der han selv anser seg for å være bosatt etter skatteavtalen.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1. Skatteavtalenes betydning for anvendelsen av den tidligere «ettårsregelen»

Den nå opphevede ettårsregelen om opphør av skatteplikt ved midlertidig utenlandsopphold var for inntektsåret 1999 hjemlet i skatteloven av 18. august 1911 nr. 8 § 17 tredje ledd annet punktum. Tredje ledd hadde følgende ordlyd:

«Midlertidig opphold i utlandet opphever ikke skatteplikten med mindre oppholdet har vart minst 4 år. Har oppholdet vart minst 1 år faller likevel skatteplikten bort hvis vedkommende godtgjør at han er skattepliktig som innenlandsboende i det land hvor han oppholder seg.»

Ettårsregelen i § 17 annet punktum fritar for alminnelig skatteplikt selv om skattyteren fortsatt anses å ha sitt skattemessige bosted i Norge. Finansdepartementet har beskrevet den som en bestemmelse om ensidig norsk frafallelse av beskatningsrett, motivert ut fra et ønske om å unngå dobbeltbeskatning. Departementet skriver at bestemmelsen har fått mindre betydning etter hvert som Norge har inngått skatteavtaler med andre land.

Spørsmålet som har vært reist i saken gjelder forståelsen og betydningen av ettårsregelen når det – slik som her – er inngått skatteavtale mellom de berørte statene. A har hevdet at ettårsregelen ikke åpner for noen særskilt prøving av skatteavtalen fra norske skattemyndigheters side. Det er anført at når skattyteren kan dokumentere at oppholdslandets kompetente myndigheter skattlegger ham på samme måte som fast bosatte, så er vilkårene i ettårsregelen oppfylt. Norske skattemyndigheter må legge dette til grunn og fritta for norsk beskatning. Dersom norske skattemyndigheter overprøver den andre statens anvendelse av skatteavtalen i et slikt tilfelle, og konkluderer med at avtalen gir Norge beskatningsretten, er det praktiske resultatet at ettårsregelen settes til side. Dermed brukes i realiteten skatteavtalen som hjemmel for norsk skatteplikt, hvilket strider mot § 1 i hjemmelsloven for inngåelse av skatteavtaler (lov 28. juli 1949 nr.15), som regulerer Kongens kompetanse til å inngå avtaler som *lemper* skatteplikten.

Finansdepartementet har til dette påpekt at norske ligningsmyndigheters krav om at skattyteren også må anses skatteavtalemessig bosatt i oppholdslandet ikke er et tilleggsvilkår utledet av skatteavtalen(e), men et vilkår som følger direkte av ettårsregelens krav om skatteplikt som innenlandsboende. For i det ligger et krav om skatteplikt etter samme regler og satser som gjelder for fast bosatte. Departementet har videre uttalt at norske skattemyndigheter ikke har noen automatisk forpliktelse til å legge det andre landets forståelse av en persons skatteavtalemessige bosted til grunn. Det er så tilføyd at det i et slikt tilfelle er skattyteren som etter skatteavtalens artikkel 28 må ta et initiativ vis-à-vis skattemyndighetene for å avklare bostedsspørsmålet.

Det kan ikke være tvilsomt at ettårsregelens vilkår om «skatteplikt som innenlandsboende» forutsetter en vurdering av alle rettsregler som er bestemmende for skatteplikten i oppholdslandet. La man til grunn at spørsmålet bare skal prøves i forhold til oppholdslandets interne lovgivning, ville skatteavtalenes bostedsregler langt på vei bli satt til side ved midlertidig utflytting fra Norge, ettersom de fleste land (i likhet med Norge) bygger den alminnelige skatteplikt på bopel/domisil, og har en lav internrettslig terskel for å etablere skatteplikt ved innflytting/opphold.

Et noe annet spørsmål er om norske skattemyndigheter skal kunne overprøve oppholdslandets avgjørelse om en persons skattemessige bosted etter skatteavtalen. Dersom man holder seg til ordlyden i ettårsregelen, og legger vekt på kravet om at skattyteren skal *godtgjøre* skatteplikten – hvilket normalt vil bety fremleggelse av dokumentasjon fra oppholdslandets skattemyndigheter – så kan det trekke i retning av at bestemmelsen ikke har ment å gi rom for noen egen prøving av skattepliktsspørsmålet fra norske myndigheters side.

Etter mitt syn kan ikke lovteksten tolkes slik at den avgjørelsen som er truffet av myndighetene i oppholdslandet uten videre skal legges til grunn av norske skattemyndigheter. En slik forståelse av ettårsregelen ville sette til side den retten til selvstendig prøving av avtalevilkår som skattemyndighetene i hver enkelt stat ellers har etter skatteavtalene. Ettårsregelen er eldre enn skatteavtalene Norge har inngått og er ikke formulert med tanke på den situasjonen som kan oppstå hvis de berørte statene tolker skatteavtalen ulikt. Formålet med ettårsregelen – å unngå dobbeltbeskatning – gir ikke behov for en så vidtgående tolking. Det kan også være et relevant synspunkt i denne forbindelse at norske skattemyndigheter ikke bør være forpliktet til ensidig å frafalle norsk beskatning på grunnlag av en anvendelse av skatteavtalen som norske myndigheter anser er uriktig, og som har som konsekvens tilsynelatende urettmessig beskatning av den skattepliktige i det midlertidige oppholdslandet.

Jeg har etter dette ikke grunnlag for å rette innvendinger mot overligningsnemndas konklusjon om at også skatteavtalemessig bosted skal vurderes når det er påberopt fritak etter ettårsregelen, og at norske skattemyndigheter kan foreta en selvstendig prøving av skatteavtalemessig bosted, uavhengig av eventuell avgjørelse av skattemyndighetene i oppholdslandet.

2. As skatteavtalemessige bosted

Overligningsnemnda har tatt utgangspunkt i at A var å anse som skattemessig bosatt i både Norge og Sverige etter landenes interne skattelovgivning, slik at bostedet endelig måtte fastlegges etter kriteriene i artikkel 4 nr. 2 i den nordiske skatteavtalen. Ved

denne vurderingen har nemnda kommet til at A disponerte fast bolig bare i Norge under arbeidsoppholdet i Sverige. At A fortsatt hadde fast bolig i Norge etter flyttingen til Sverige har nemnda begrunnet med at utleien av boligen i Norge ikke fratok A disposisjonsretten over den. Det mente nemnda, under henvisning til dansk rettspraksis, måtte kreve utleie i minst 3 år. At boligen i Sverige ikke var «fast» har nemnda begrunnet med at det ikke er naturlig å anse boligen(e) i Sverige for å være av «vedvarende karakter» slik kommentarene til OECDs mønsteravtale legger vekt på, når oppholdet helt fra start var tidsbegrenset til 2 år.

Artikkel 4 i den nordiske skatteavtalen har følgende ordlyd:

«1. I denne overenskomst betyr uttrykket «person bosatt i en kontraherende stat» enhver person som i henhold til lovgivningen i denne stat er skattepliktig der på grunnlag av domisil, bopel, sete for foretagendets ledelse, eller annet lignende kriterium, og omfatter også denne stat, dens regionale eller lokale forvaltningsmyndigheter eller offentligrettslige institusjoner. Uttrykket

- a) omfatter ikke noen person som er skattepliktig i denne stat bare på grunnlag av inntekt fra kilder i denne stat eller formue som befinner seg der, og
 - b) omfatter personsammenslutning og dødsbo, men bare i den utstrekning deres inntekt, henholdsvis formue, tas opp til beskatning i denne stat på samme måte som inntekt som erverves, henholdsvis formue som innehas, av en person bosatt der.
2. Når en fysisk person etter bestemmelsene i punkt 1 har bopel i flere kontraherende stater, skal hans status avgjøres etter følgende regler:
- a) han skal anses for bosatt bare i den stat hvor han disponerer fast bolig. Hvis han disponerer fast bolig i flere stater, skal han anses for bosatt i den stat hvor han har de sterkeste personlige og økonomiske forbindelser (sentrum for livsinteressene);
 - b) hvis det ikke kan bringes på det rene i hvilken stat han har sentrum for livsinteressene, eller hvis han ikke har en fast bolig i noen av de kontraherende stater, skal han anses for bosatt bare i den stat hvor han har vanlig opphold;
 - c) hvis han har vanlig opphold i flere stater eller ikke i noen av dem, skal han anses for bosatt bare i den stat i hvilken han er statsborger;
 - d) hvis han er statsborger i flere stater eller ikke av noen av dem, skal de kompetente myndigheter i de angjeldende kontraherende stater avgjøre spørsmålet ved gjensidig avtale.

3. Når en annen person enn en fysisk person ifølge bestemmelsen i punkt 1, anses for bosatt (hjemmehørende) i flere kontraherende stater, skal den anses for hjemmehørende bare i den stat hvor setet for den virkelige ledelse befinner seg.»

Artikkel 4 i den nordiske skatteavtalen bygger helt ut på OECDs mønsteravtale. OECDs kommentarer til mønsteravtalen er derfor relevante. Kommentarene sier følgende om hva som menes med å disponere fast bolig, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav a):

«11. The article gives preference to the Contracting State in which the individual has a permanent home available to him. This criterion will frequently be sufficient to solve the conflict, e.g. where the individual has a permanent home in one Contracting State and has only made a stay of some length in the other Contracting State.

12. Sub-paragraph a) means, therefore, that in the application of the Convention (that is, where there is a conflict between the laws of the two States) it is considered that the residence is that place where the individual owns or possesses a home; this home must be permanent, that is to say, the individual must have arranged and retained it for his permanent use as opposed to staying at a particular place under such conditions that it is evident that the stay is intended to be of short duration.

13. As regards the concept of home, it should be observed that any form of home may be taken into account (house or apartment belonging to or rented by the individual, rented furnished room). But the permanence of the home is essential; this means that the individual has arranged to have the dwelling available to him at all times continuously, and not occasionally for the purpose of a stay which, owing to the reasons for it, is necessarily of a short duration (travel for pleasure, business travel, educational travel, attending a course at a school, etc.)»

Kommentarene, som de facto er omforent mellom OECD-landene (jf. avsnitt 29, side 1-10 flg. i kommentarene pr. 29. april 2000), tillegges stor vekt av skattemyndigheter og domstoler. Etter mitt syn gir kommentarene liten støtte til overligningsnemndas vurderinger og konklusjon når det gjelder hvor A kunne anses å disponere fast bolig under oppholdet i Sverige.

Jeg legger til grunn at boligen i Norge var utleid fra juli 1999 til utløpet av år 2000. I saksfremstillingen til overligningsnemnda står det at ingen var registrert bosatt i boligen pr. mars 2000, men As opplysninger om utleien er ikke bestridt. Jeg forstår nemnda slik at den anser avgjørelsen om bosted for å være riktig uansett det nærmere omfanget av utleien. Da det ikke er opplyst om noe annet, legger jeg videre til grunn at boligen ble leid ut til utenforstående, på alminnelige betingelser.

Basert på dette faktum kan jeg vanskelig se at det

er språklig mulig å betrakte boligen i Norge som As faste bolig under oppholdet i Sverige. Selv om man ikke skal se på den faktiske bruken ved vurderingen av kriteriet «disponere fast bolig», så må det i det minste kreves at boligen er tilgjengelig for skattyterens bruk på rimelig kort varsel. Boligen skal også ha karakter av et hjem for skattyteren. Det taler for at den skal være utstyrt og møblert med skattyterens eiendeler.

Nemnda har også sitert fra den danske oversettelsen av OECD-kommentarene vedrørende kriteriet sentrum for livsinteressene, som hevdes å gi støtte til at A disponerte fast bolig i Norge. Jeg er ikke umiddelbart enig i dette. Som nemnda er inne på, er det problematisk å trekke inn kommentarer knyttet til andre kriterier. Men heller ikke etter sitt innhold synes denne kommentaren å støtte opp om overligningsnemndas syn. Kommentarens poeng er at hvis skattyteren beholder sitt opprinnelige hjem selv om han etablerer et nytt i et annet land, så kan det sammen med andre momenter vise at det fortsatt er der han har sentrum for livsinteressene. Imidlertid omtaler kommentaren familie og eiendeler i *nåtid* – «...the fact that he retains the first in the environment where he has always lived, where he has worked, and where he *has* (min understreking) his family and possessions...». Dette kan meget vel leses slik at man her har sett for seg en situasjon hvor familie og eiendeler *ikke* flytter med.

Etter det jeg kan se er det riktig som advokat Ihle-Hansen har anført, at henvisningen i overligningsnemndas vedtak til en avgjørelse av dansk Høyesterett ikke gjelder skatteavtaler, men dansk intern rett. For spørsmålet om oppgivelse av skattemessig bosted i Danmark (emigrasjon) anså Høyesterett i en dom referert i TfS 1992 nr 316 at utleie av boligen i mindre enn 3 år ikke var nok. Dommen er omtalt i «International Skatteret», Aage Michelsen, GadJura, København 1996, 2. utgave s 124. Hvis det er denne dommen nemnda har ment å vise til, kan den vanskelig brukes slik overligningsnemnda har gjort, ettersom den gjelder andre rettsregler og et annet spørsmål enn saken her. Vurderingen etter artikkel 4 nr. 2 har som forutsetning at skattyteren *er* internrettslig bosatt i begge stater. Det har da neppe vært meningen med skatteavtalen at fraflyttingsstaten skal bygge på emigrasjonslignende krav ved vurderingen av om skattyteren har opprettholdt fast bolig. Det skal gjennomgående betydelig mer til å bli ansett utflyttet etter internretten, enn til å bli vurdert til ikke å disponere fast bolig etter skatteavtalen. Under enhver omstendighet er det på det rene at det ved tolkingen av skatteavtalene ikke skal sees hen til den internrettslige betydningen av ord og uttrykk i avtalen – det er deres internasjonale betydning man skal søke å finne frem til, jf. Zimmer, Internasjonal Inntektsskatterett, Universitetsforlaget 2003, 3. utgave, s. 127.

Det følger av dette at jeg også har vanskelig for å

følge overligningsnemnda når den har lagt til grunn at A ikke disponerte fast bolig i Sverige i henhold til skatteavtalen artikkel 4 nr. 2 bokstav a. Jeg viser igjen til OECDs kommentarer til mønsteravtalen for så vidt gjelder hva som ligger i «permanent home»:

«... the permanence of the home is essential; this means that the individual has arranged to have the dwelling available to him at all times continuously, and not occasionally for the purpose of a stay which, owing to the reasons for it, is necessarily of a short duration (travel for pleasure, business travel, educational travel, attending a course at a school, etc.)»

Slik jeg på bakgrunn av denne kommentaren til OECDs mønsteravtale forstår den nordiske skatteavtalen artikkel 4 nr. 2 bokstav a) antar jeg at to år må være mer enn tilstrekkelig tid til å etablere fast bolig etter skatteavtalen. I praksis vil jeg således anta at det etter skatteavtalen avgrenses mot helt kortvarige opphold eller provisorisk pregete etableringer. I vedtaket er det heller ikke vist til norsk eller utenlandsk administrativ praksis eller rettspraksis som bygger opp under overligningsnemndas oppfatning om at As boforhold i Sverige ikke oppfyller skatteavtalens krav om «fast bolig». At A byttet leilighet etter en måned kan ikke sees å ha noen betydning.

Jeg tilføyer at dersom det legges til grunn at A hadde fast bolig i begge land, kan det slik saken er opplyst ikke være tvil om at han hadde sentrum for sine livsinteresser i Sverige under oppholdet der. Det er tilstrekkelig å peke på at han hadde sin kone og tre barn, og sitt arbeid der. Det er ikke opplyst om vesentlige formues- eller næringsinteresser i Norge.»

På denne bakgrunn ba jeg ligningsmyndighetene behandle saken på nytt.

Jeg fant også at saken ga grunn til å ta opp med Finansdepartementet et spørsmål vedrørende skattyternes rettsstilling i en situasjon der begge berørte stater anser skattyteren som bosatt hos seg etter skatteavtalen. Jeg viste til at det kunne argumenteres for at det burde være en initiativplikt for skattemyndighetene i et slikt tilfelle, og stilte spørsmål om bestemmelsen i den nordiske skatteavtalen artikkel 4 nr. 2 bokstav d) og eventuelt artikkel 28 nr. 3 skal forstås slik at når bostedsbestemmelsen er prøvd særskilt av begge lands skattemyndigheter og de har konkludert ulikt, så har de likevel ingen forpliktelse til å finne en løsning seg imellom. Jeg ba om en avklarende redegjørelse under henvisning til betydningen for skattyternes stilling etter avtalen, og at min erfaring fra andre saker var at det ikke alltid er like enkelt for skattyteren å få satt i gang en prosedyre etter skatteavtalens artikkel 28 nr 1.

50.

Endring av ligning til skattyters gunst mer enn tre år tilbake i tid etter endret rettsoppfatning – spørsmål om faktum hadde vært «uriktig eller ufullstendig»

(Sak 2004–1196)

A klaget til ombudsmannen over et avslag på søknad om endring av ligningen for inntektsåret 1998. Spørsmålet om endring hadde kommet opp etter at Skattedirektoratet hadde endret sin rettsoppfatning med hensyn til skatteplikt på underkurs som godskrives låntaker ved innfrielse av fastrentelån før rentebindingstidens utløp. Begrunnelsen for avslaget var at treårsfristen for endring av ligning i ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24 § 9–6 nr 2, var gått ut. A hevdet at treårsfristen ikke gjaldt fordi ligningen bygget på et «uriktig eller ufullstendig» faktisk grunnlag. Tiårsfristen i ligningsloven § 9–6 nr. 1 måtte derfor gjelde.

Ombudsmannen la til grunn at det neppe var noe å si på at det faktum som lå til grunn for ligningene før 1999, ikke ble ansett for å ha vært «uriktig eller ufullstendig». Treårsfristen for å endre til gunst for skattyteren kom derfor til anvendelse.

På vegne av A klaget advokat B over et avslag på søknad om endring av ligningen for inntektsåret 1998. Begrunnelsen for avslaget var at treårsfristen for endring av ligning i ligningsloven § 9–6 nr. 2, var gått ut. Søknaden ble sendt etter at Skattedirektoratet hadde endret rettsoppfatning med hensyn til skatteplikt på underkurs som godskrives låntaker ved innfrielse av fastrentelån før rentebindingstidens utløp. Direktoratet orienterte underliggende etater i brev 26. februar 2002 om at det på denne bakgrunn ville kunne være aktuelt å endre ligninger tilbake til og med inntektsåret 1999.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at ligningen for inntektsåret 1998 bygget på uriktige eller ufullstendige opplysninger og at treårsfristen derfor ikke gjaldt. Det ble vist til at påløpte gjeldsrenter for inntektsåret 1998 ikke fremkom i den forhåndsutfylte selvangivelsen. Grunnen til det var den innberetning som var gjort fra bankens side og denne kunne ikke bebreides klageren. Advokat B hevdet at spørsmålet om ligningsmyndighetene hadde tilstrekkelige opplysninger under den ordinære ligningsbehandlingen, skulle forstås «objektivt».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Klagen med vedlegg er gjennomgått her. Denne gjennomgangen har ikke gitt holdepunkter for å gå videre med saken.

Det følger av fristregelen i ligningsloven § 9–6 nr. 1 at spørsmål om endring av ligning som hovedregel ikke kan tas opp mer enn ti år etter inntektsåret. Fristen begrenses etter bestemmelsens nr. 2 til tre år

når endringen gjelder ligningsmyndighetens skjønsmessige fastsetting eller anvendelsen av skattereglene og det faktiske grunnlaget for den tidligere avgjørelsen var riktig. Det er tungtveiende administrative hensyn som tilsier at fristene for å ta opp ligningen til endring i slike tilfeller er kortere. Treårsfristen gjelder i realiteten normalt bare ved saker som gjelder endringer til skattyters gunst, jf. toårsfristen i bestemmelsens nr. 3.

Spørsmålet i saken har vært om det faktiske grunnlaget for ligningen var «uriktig eller ufullstendig», jf. ligningsloven § 9–6 nr. 2. Skattedirektoratet har uttalt seg om dette i brev til Dem, med kopi til X likningskontor. I brevet er det vist til at dersom innberetningen var i tråd med retningslinjene fra Skattedirektoratet, har innberetningen ført til at grunnlaget for de tidligere avgjørelser rent faktisk er blitt uriktig og at dette kan tale for at man er utenfor treårsfristen. Samtidig er det vist til at det var ligningsmyndighetenes anvendelse av skattelovgivningen som var årsaken til de uriktige avgjørelsene og at det faktiske grunnlaget var det samme også etter at ligningsmyndighetene hadde endret retningslinjene for hvordan opplysningene skulle innberettes. Skattedirektoratet kom til at hensynet til sammenhengen i regelverket derfor tilsa at fristen for endringen her var den samme som i andre saker der ligningsmyndighetene endrer sin rettsoppfatning. Overligningsnemnda viste til direktoratets brev i begrunnelsen for avslaget.

Jeg har vanskelig for å se at nærmere undersøkelser av klagen vil medføre at jeg vil kunne rette avgjørende rettslige innvendinger til det Skattedirektoratet her har anført. Resultatet av ligningsmyndighetenes behandling i 1999 av klagerens ligning for inntektsåret 1998 ville vært det samme selv om innberetningen fra banken til ligningskontoret hadde synliggjort rentekostnader på kr 17 550, og gevinsten var ført i samsvar med det De anfører om beløpene nederst på side 1 i klagen til X likningskontor. Det som har gjort at spørsmålet om endring av klagerens ligning for inntektsåret 1998 kom opp, var at Skattedirektoratet endret sin rettsoppfatning og derved også retningslinjene for skattemessig behandling og innberetning av utbetalt underkurs. Så fremt bankens innberetning var i overensstemmelse med Skattedirektoratets tidligere retningslinjer er det neppe noe å si på at det faktum som lå til grunn for ligningen for inntektsåret 1998, ikke ble ansett for å ha vært «uriktig eller ufullstendig».

Advokat B kom etter dette tilbake til saken og anmodet på nytt om at saken ble tatt opp til nærmere undersøkelser. Det ble anført at min forutsetning om at resultatet av ligningsmyndighetenes behandling av ligningen ville vært det samme selv om det faktiske grunnlaget hadde vært riktig og fullstendig ved behandlingen i 1999 av ligningen for inntektsåret

1998, ikke var holdbar. Det ble hevdet at det på tidspunktet for ligningsmyndighetenes avgjørelse av ligningen, ikke var tilkjennegitt fra sentrale skattemyndigheter noe standpunkt med hensyn til skatteplikt for underkurs ved innfrielse av fastrentelån og om føring av denne underkursen mot fradragsberettigede renter. Det ble fastholdt at det avgjørende ikke var om ligningsmyndighetenes avgjørelse av ligningen ville vært den samme, men om skattyter faktisk var blitt gjort kjent med hva som hadde skjedd med underkursen som ble godskrevet han. Det var først da skattyteren hadde anledning til å ivareta sine rettigheter. Advokat B mente også at hensynet til skattyterens rettsikkerhet tilsa at treårsfristen ikke kom til anvendelse.

Jeg uttalte deretter i et nytt brev til B:

«Etter en fornyet gjennomgang av saken kan jeg fortsatt vanskelig se å ha holdepunkter for å anta at ytterligere undersøkelser herfra vil føre til at det kan rettes noen avgjørende rettslige innvendinger fra min side til den forståelsen av fristregelen i ligningsloven § 9–6 nr. 2 som Skattedirektoratet og overligningsnemnda har lagt til grunn. Jeg viser til den begrunnelsen som ble gitt i mitt brev til Dem. Det er på det rene at det underliggende faktiske grunnlaget i saken var det samme også etter at ligningsmyndighetene hadde endret rettsoppfatning og gitt de nye retningslinjene for hvordan opplysningene om underkurs skal innberettes. Når det faktiske underliggende grunnlaget således var det samme, er det vanskelig å finne avgjørende rettslige innsigelser mot at ligningsmyndighetene la til grunn at «det faktiske grunnlaget for den tidligere avgjørelse ikke var uriktig eller ufullstendig», jf. ligningsloven § 9–6 nr. 2.

Måten innberetningen ble foretatt på av finansinstitusjonene er av Skattedirektoratet også oppgitt å være i tråd med de retningslinjer som var gjeldende i det aktuelle tidsrom. De har i klagen hit bestridt at ytre etater hadde noen retningslinjer i slike tilfeller og vist til at det i Lignings-ABC for 1998 ikke fremkom noe om underkurs ved innfrielse av lån før forfall. Dette kan etter min oppfatning ikke i seg selv være avgjørende så lenge innberetningen fra finansinstitusjonene til ligningsmyndighetene fulgte de retningslinjer som gjaldt da, og det underliggende faktiske grunnlaget var det samme som det de nye retningslinjene anvendes på.

Saken gir ut over dette ikke foranledning til for meg å uttale meg om anvendelsen av treårsfristregelen etter ligningsloven § 9–6 nr. 2 i situasjoner der det, i tillegg til endring av anvendelsen av gjeldende skatterettsregler, foreligger opplysningssvikt fra skattyter eller det faktiske grunnlaget for avgjørelsen av andre grunner ikke er riktig eller er ufullstendig.»

51.

Forbud mot å representere vareeiere ved tollekspedisjon av varer – spørsmål om vedtaket representerte et brudd på forbudet mot dobbelt straffeforfølgning

(Sak 2004–1140)

A klaget til ombudsmannen over et vedtak i Toll- og avgiftsdirektoratet om å nekte ham å representere vareeiere ved tollekspedisjon av varer. Han mente vedtaket representerte et brudd på EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 om dobbeltstraff, jf. menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2, og viste til at han alt var dømt for brudd på straffeloven, tolloven og lov om kjøttkontroll og at det var de samme faktiske forhold som lå til grunn for reaksjonene.

Ombudsmannen uttalte at det var vanskelig å se det tiltaket A var ilagt av tollmyndighetene på en annen måte enn at dette primært var sivilrettslig og ikke kunne betraktes som straff i EMKs forstand. Sanksjonen hadde som formål å unngå at personer som ikke innehar myndighetenes nødvendig tillit, representerer vareeiere ved tollekspedisjon. Det ble også vist til en dom fra Høyesterett 8. september 2004 der retten kom til at tilbakekall og suspensjon av legelicens, fordi de lovbestemte og nødvendige vilkår for å fortsette virksomheten ikke lenger forelå, ikke var å anse som straff i EMKs forstand.

Klagen fra A gjaldt et forbud mot å representere vareeiere ved tollekspedisjon av varer, ilagt ham i medhold av tolloven 10. juni 1966 nr. 5 § 70. Etter klage var forbudet opprettholdt av Toll- og avgiftsdirektoratet. A var dømt til fengsel i ett år for brudd på straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 271 a, jf. § 271, jf. § 270, tolloven § 61, jf. §§ 66 og 60 flg., jf. lov om kjøttkontroll 14. april 1957 § 31 første ledd, jf. § 18 siste ledd (frem til 1. april 1997) jf. straffeloven § 62 første ledd. Toll- og avgiftsdirektoratet begrunnet forbudet bl.a. med at tollvesenet forventer at personer som er profesjonelle speditører, opptrer på en ærlig og redelig måte.

Vedtaket ble senere begjært omgjort med påstand om at det var i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1, men dette ble avvist av Toll- og avgiftsdirektoratet. I avgjørelsen ble det blant annet vist til at tollekspedisjon i betydelig utstrekning baseres på et tillitsforhold mellom vareeiers representant og tollvesenet og at det er avgjørende for å bevare slike ordninger at tollvesenet kan forby personer uten den nødvendige tillit å involvere seg i slik virksomhet. Direktoratet mente det var viktig å forhindre at A ble gitt mulighet til å utføre lignende overtramp mot tollvesenet i fremtiden og at en totalvurdering tilsa at sanksjonen ikke kunne anses som straff i EMKs forstand.

I klagen til ombudsmannen ble det fastholdt at

vedtaket var i strid med EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1. Det ble hevdet at nektelsen av å la A representere vareeiere i realiteten var en straff for noe han alt hadde gjort opp for ved dommen. Det ble også anført at det ikke kunne legges avgjørende vekt på at man nasjonalt hadde klassifisert bestemmelsen som en administrativ sanksjon og ikke som straff.

Det ble besluttet å undersøke nærmere nektelsen av å la A representere vareeiere ved fortolling av varer. I brev til Toll- og avgiftsdirektoratet ble det bedt om en utdyping av direktoratets standpunkt om at dette ikke var straff i henhold til EMK artikkel 6. Det ble i den forbindelse også bedt redegjort noe for den praktiske konsekvensen vedtaket ville ha for klageren og herunder den praktiske forskjellen mellom et forbud etter tolloven § 70 og et eventuelt rettighetstap etter straffeloven § 29 nr. 2. Aktor hadde i rettssaken nedlagt påstand om rettighetstap, men dommeren kom til at en slik fradømming som del av straffedommen ville være en for streng reaksjon og at det var bedre at spørsmålet ble vurdert administrativt. Direktoratet ble videre bedt om å kommentere om forbudet kunne anses som straff i relasjon til EMK sett i forhold til Høyesteretts kjennelse 23. september 2003 (Rt. 2003 s. 1221) der Høyesterett kom til at konkurskarantene ilagt etter konkursloven 8. juni 1984 nr. 58 § 142 første ledd nr. 1 og 2 ikke stengte for senere straffedom om de forhold som var grunnlag for ileggelsen av konkurskarantenen.

Toll- og avgiftsdirektoratet viste i svarbrevet til at retten til å drive som speditør er noe langt mer omfattende enn retten til å representere vareeier ved tollekspedisjon av varer. A ville fortsatt kunne drive som speditør, men kunne ikke selv utføre enkelte av de tilleggstjenester som speditører vanligvis tilbyr. Disse ville han imidlertid kunne få noen andre til å forestå. Direktoratet viste ellers til enkelte likhetstrekk mellom et forbud etter tolloven § 70 og konkurskarantene, som direktoratet mente hadde betydning for om forbudet etter tolloven var å anse som straff etter EMK artikkel 6.

As advokat kom tilbake til saken og vist til at det ikke er slik at fortolling kun er en tilleggsytelse for en speditør. I flere av foreningens medlemsbedrifter var fortolling på vegne av vareeier hovedoppgaven til bedriften. Når klageren ikke kunne tilby de tjenester som naturlig tillå ham som speditør, ville det være sannsynlig at kundemassen ble redusert betraktelig. Direktoratet fastholdt etter dette imidlertid at et forbud mot å drive som speditør vanligvis innebærer en langt strengere reaksjon enn et forbud som kun gjelder fortollingsvirksomhet. Det ble også vist til at – etter det direktoratet la til grunn – det nå var andre personer i det angjeldende selskapet som representerte vareeierne ved fortolling. Forbudet var ellers gjort tidsubegrenset, men A hadde mulighet til å søke om at forbudet ble opphevet dersom han mente tilliten til ham burde anses gjenopprettet.

I mitt avsluttende brev i saken uttalte jeg:

«1. Etter at klagen var ferdig undersøkt her, har Høyesterett hatt til behandling en ny sak som gjelder rettighetstap og dobbeltforfølgning. Et av spørsmålene i saken var om et vedtak om suspensjon av legelicens, truffet etter at saksøkeren var straffedømt for de underliggende forholdene, men frifunnet for kravet om rettighetstap, var å anse som en gjentatt straffeforfølgning i strid med EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1, jf. inkorporeringen ved menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2. I dommen, avsagt 8. september 2004, kom Høyesterett (på dette punkt) enstemmig til at tilbakekall og suspensjon av en tillatelse til å praktisere som lege, fordi de lovbestemte og nødvendige vilkår for å fortsette virksomheten ikke lenger forelå, ikke var straff i EMKs forstand. Fra dommen siteres:

«(47) Det fremgår av min innledende redegjørelse for bestemmelsene, at dette formålet hele tiden har vært sentralt, og at det nå uttrykkelig fremgår av helsepersonellovens formålsparagraf. Formålet med bestemmelsene er ikke å straffe dem som bryter normen, men å hindre at de i fremtiden kan påføre sine pasienter skade eller komme til å krenke det tillitsforholdet det nødvendigvis må være mellom allmennheten og legestanden. Dette er også uttrykkelig understreket i Ot.prp. nr. 1 (1979–1980) side 39 annen spalte. Etter mitt syn er man langt fra strafferettens domene, noe som understrekes av at de fleste europeiske land har tilsvarende ordninger.

(48) A har vist til at rettighetstap etter straffeloven § 29 nr. 2, som er betegnet som straff, langt på vei har samme formål som legelovens tilbakekallsbestemmelser. Dette er uomtvistelig riktig, men kan likevel ikke få særlig betydning. Jeg viser her til Rt 2003 264 avsnitt 41 (HR-2002-01024a-A41), der en slik parallell ikke ble funnet avgjørende i forhold til rettigheter forankret i en individuell tillatelse fra det offentlige. Heller ikke det faktum at det reageres mot allerede utførte handlinger, kan endre min vurdering av at det her primært er snakk om en sivilrettslig reaksjon. Avslutningsvis nevner jeg at det heller ikke foreligger noen direkte kobling mellom den aktuelle reaksjonen og vilkårene for straff, noe som ble funnet å være tilfelle i Rt 2003 1827 i avsnitt 69 (HR-2003-00735a-A69). Det overordnede og avgjørende er, som jeg har nevnt, om vedkommende lege er usikket til å utøve legerket.»

2. Det er vanskelig å se at spørsmålet om eventuell dobbeltforfølgning, jf. EMK Protokoll 7 artikkel 4, skal vurderes annerledes i den foreliggende saken. Jeg viser til den begrunnelse som er gitt i Toll- og avgiftsdirektoratets avgjørelse – særlig det som fremgår på side 4 i vedtaket om sanksjonens formål og dens innhold og alvor – som det neppe kan reises avgjørende rettslige innvendinger til blant annet etter den gjennomgang Høyesterett har gjort i dommen 8. september 2004 av de såkalte Engelkriteriene. Sanksjonen har til formål å unngå at personer som ikke innehar den nødvendige tillit, representerer

vareiere ved tollekspedisjon. Det er vanskelig å se tiltaket i forhold til A på en annen måte enn at det primært er sivilrettslig og ikke kan betraktes som en «straff» i EMKs forstand.

3. Jeg er ellers kjent med at Høyesterett i dom 8. oktober 2004 behandlet en sak som gjaldt spørsmålet om et vedtak fra Fiskeridirektoratet om midlertidig bortfall av kjøperregistrering etter kjøperregistreringsloven 24. juni 1994 nr. 34 § 3 tredje ledd, jf. forskriften 19. september 1997 nr. 1019 § 7 første ledd, stengte for senere straffesak om de forhold som lå til grunn for vedtaket. Slik vedtaket var begrunnet, mente Høyesterett sanksjonen fremstod som en direkte slutning av at daglig leder grovt hadde overtrådt plikten til å utstede sluttседler etter regelverket om kjøperregistrering og at vedtaket også for øvrig hadde et klart pønalt preg. Høyesterett kom til at prosessen for Fiskeridirektoratet hadde karakter av straffeforfølgning i henhold til Engelkriteriene på grunn av lovbruddets karakter. Konklusjonen ble at vedtaket stengte for straffeforfølgning for tiltalens pkt. 1, som gjaldt de samme forhold som kjøperregistreringssaken. Høyesterett viste ellers til at saken skilte seg fra saken om suspensjon av legelicens ved at saken om kjøperregistrering «ikke er bygget opp omkring en generell skikkethetsnorm der tillatelsen tilbakekalles med den begrunnelse at utøveren ikke lenger anses skikket for virksomheten» (avsnitt 47 i dommen). Jeg har vanskelig for å se at denne dommen medfører et annet resultat i saken til A og viser til det som fremgår ovenfor under pkt. 2.»

Dokumentavgift, arveavgift og renovasjonsavgift

52.

Dispensasjon fra dokumentavgift i sak om tilbakeskjøting av grunnbokshjemmel etter deling av jordbrukseiendom

(Sak 2004–1697)

Klageren ønsket å dele en jordbrukseiendom for derved å kunne selge gårdsbruket og samtidig beholde og bebo en nyere opparbeidet boligmasse på eiendommen. Landbruksmyndighetene innvilget søknaden om deling på vilkår om at salget av gårdsbruket var gjennomført (herunder med grunnboksoverføring) før delingen ble effektivert. Ved tilbakeskjøtingen av grunnbokshjemmelen til boligeiendommen ble klageren avkrevd dokumentavgift beregnet etter boligeiendommens verdi. Finansdepartementet av slo klagerens dispensasjonssøknad.

Ombudsmannen la til grunn at tilbakeskjøtingen var avgiftspliktig, men at landbruksmyndighetenes vilkår var et «særlig forhold» samt at avgiftsplikten hadde utilsiktede og urimelige virkninger. Ombudsmannen uttalte at det var nærliggende at dispensa-

sjon ble gitt i denne saken, og at det var tvil omkring departementets rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Departementet ble bedt om å se på saken på nytt, og innvilget deretter dispensasjon.

A eide en jordbrukseiendom, hvorpå han hadde opparbeidet en ny bygningsmasse (boligeiendom). Han ønsket å eie og bo på boligeiendommen, men selge gårdsbruket.

A søkte fylkeslandbruksstyret om delingstillatelse.

I jordbrukssjefens innstilling til fylkeslandbruksstyret heter det blant annet:

«Jordbrukssjefen oppfatter at dette bruket, på grunn av en meget vesentlig for stor og kostbar bygningsmasse av helt ny dato, ikke på noen måte vil kunne forsvare sine egne kapitalomkostninger som landbrukseiendom. Dersom eieren vil avhende bruket uten å foreta urimelige forhånds avskrivninger, er han nødt til å sile ut disse store investeringene som til sammen vurderes å være ikke ubetydelig større enn omsetningsverdien av det egentlige gårdsbruket. Gårdsbruket vil, etter en slik fradeling, fortsatt ha tilfredsstillende våningshus, og de egentlige driftsbygningene vil det ikke bli noen endring i.

Slik utbyggingen av dette bruket har utviklet seg de siste 2 – 3 årene, er det vanskelig å se for seg en avhending av eiendommen uten at slik oppdeling foretas. Dog minner en om at det bør settes vilkår om gjennomføring av det averterte salget for at et mulig delingssamtykke skal kunne gjennomføres.»

I jordbrukssjefens påfølgende tilråding fremgår blant annet følgende:

«2. Det settes som vilkår for delingssamtykket at det averterte salget av gårdsbruket fullføres før delingssamtykket effektueres [...]»

Landbruksdirektøren tiltrådte jordbrukssjefens vurdering og foreslo at det ble gitt et betinget delingssamtykke. Blant de foreslåtte vilkårene fremgår:

«2. Det er et vilkår at salget av resten av eiendommen er gjennomført før delingssamtykket blir effektuert [...]»

Forslaget ble enstemmig vedtatt av fylkeslandbruksstyret.

A solgte deretter gårdsbruket, og beholdt i henhold til kjøpsavtalen selv boligeiendommen. For å oppfylle landbruksmyndighetenes delingsvilkår, ble grunnbokshjemmelen til hele eiendommen – både gårdsbruket og boligeiendommen – overført til kjøperen. Kjøperen ble avkrevd dokumentavgift beregnet ut fra avtalt kjøpesum for gårdsbruket: 2 millioner kroner.

Delingssamtykket ble deretter effektuert, og boligeiendommen ble tilbakeskjøtet til A som ble avkrevd dokumentavgift for verdien av boligeiendommen: 2,3 millioner kroner.

A søkte Toll- og avgiftsdirektoratet om fritak fra dokumentavgift. Toll- og avgiftsdirektoratet avsto søknaden. Vedtaket ble påklaget til Finansdepartementet (FIN), som stadfestet Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak.

På vegne av A, brakte advokatfullmektig B saken inn for ombudsmannen.

Saken ble tatt opp med FIN som ble bedt om å bekrefte om det er riktig at den fremgangsmåten som var fulgt, skyldtes delingsvilkåret fylkeslandbruksstyret hadde fastsatt, og ikke klagerens eget valg. Departementet ble også bedt om å utdype sitt syn på anvendelsen av dispensasjonsbestemmelsen, herunder antydningen i avslaget om at «[d]et bakenforliggende forhold for overføringen ikke er avgjørende».

Deler av FINs svar 15. mai 2003 hitsettes:

«[...] Departementet vil imidlertid presisere at vi er enige med ombudsmannen i at A hadde lite valg med hensyn til fremgangsmåten for salget av eiendommen ut i fra de vilkårene landbruksmyndighetene satte. Samtidig er det på det rene at A selv ønsket å selge gårdsbruket og foreta fradeling av parsellene. Dermed kan man vanskelig si at selve salget, og tilbakeskjøtingen, som utløser avgiftsplikten, er pålagt av offentlig myndighet.

Utgangspunktet for departementets vurdering av dispensasjonshjemmelen, jf. beskrivelsen av rettsgrunnlaget i vedtaket, er hvorvidt det fra lovgivers side er tilsiktet og akseptabelt at A skal betale dokumentavgift ved tilbakeskjøtingen av de to parsellene. Som det fremgår av vedtaket, er det den formelle hjemmelsoverføringen som utløser avgiftsplikt, uavhengig av det reelle eierforholdet. Det er dermed i tråd med lovgivers intensjoner at det påløper avgift ved tilbakeføringen av hjemmel til parsellene. Spørsmålet må i denne saken bli hvorvidt landbruksmyndighetenes rolle ved gjennomføringen av transaksjonene skal tillegges vekt, slik at det eventuelt er rimelig å dispensere fra avgiften.

Dokumentavgiften er utformet som en overdisk avgift, som skal være enkel å håndheve. Andre myndigheters regelverk, herunder de vurderinger andre myndigheter foretar på sine forvaltningsområder, vil i utgangspunktet ikke påvirke utformingen eller forståelsen av regelverket om dokumentavgift. Dersom avgiften viser seg å få særlige uheldige utslag i visse typesituasjoner, vil dette kunne rettes opp ved lov- eller praksisendring.

Departementet kan ikke ut i fra denne enkelt-saken se at landbruksmyndighetenes forvaltning av saker om fradeling normalt vil føre til en uheldig avgiftssituasjon for selger, ev. kjøper. Det er ellers, slik Toll- og avgiftsdirektoratet opplyser i oversendelsesbrev [...], ikke praksis for å gi fritak vedrørende jordskifte, delingsforretning og lignende selv om den avgiftspliktige av ulike grunner nærmest har følt seg tvunget til å foreta en hjemmelsoverføring. Et fritak kan bare innrømmes dersom det i slike tilfeller er gjort formelle feil fra det offentlige side, og da vil forholdet ofte kunne rettes i medhold av tinglysningsloven § 18. Vi kan på denne bakgrunn vanskelig anse resultatet i denne saken som uakseptabelt.

Dersom departementet skulle ha konkludert med at det er uakseptabelt at A betaler dokumentavgift, ville ikke det i seg selv nødvendigvis ha gitt grunnlag for dispensasjon i og med at avgiftsplikten også må vurderes i forhold til hva lovgiver har tilsiktet. Vi viser her til beskrivelsen av rettsgrunnlaget over og vedtaket av [...]»

Advokatfullmektig B kommenterte FINs svar.

I nytt brev herfra ble FIN bedt om å presisere hvorvidt lovgiver hadde tatt stilling til avgiftsplikten i tilfeller hvor tilbakeskjøtingen nærmest utelukkende skyldes at myndighetene har satt som vilkår for en rettshandel at den reelle eier for en periode registrerer eierskapet over på en annen, og om å opplyse hvor dette eventuelt har kommet til uttrykk.

I FINs svarbrev 7. juli 2003 ble det opplyst at et slikt tilfelle ikke var eksplisitt behandlet av Stortinget, og at man derfor må basere seg på formålsbetraktninger. Det ble deretter fremhevet at formålet med dokumentavgiftsloven var å begrense det høye antall unntaks- og fritaksordninger som fantes etter den tidligere lovgivning, og at fritak skal reserveres de tilfeller der det virkelig vil være urimelig å ilegge avgift. Deretter uttalte FIN at det ikke fant det urimelig å ilegge avgift her, ettersom klageren selv valgte å selge eiendommen. Videre antok departementet at det «ville ha vanskeliggjort avgiftsinnkrevningen betydelig dersom nivået for dispensasjon hadde blitt lagt på et så lavt nivå». Avslutningsvis ble det presisert at departementet uansett ikke har noen plikt til å dispensere selv om vilkåret «særlige forhold» i dokumentavgiftsloven § 3 er oppfylt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. I henhold til dokumentavgiftsloven § 7, skal det beregnes avgift ved overføring av hjemmel til eiendom, beregnet av salgsverdien av eiendommen. I likhet med hva FIN har uttrykt, legger jeg til grunn at bestemmelsen gjør avgiftsplikten avhengig av den formelle overføring uavhengig av de reelle eierforhold. Jeg deler således FINs syn på at tilbakeføringen av hjemmelen til boligeiendommen er avgiftspliktig i henhold til dokumentavgiftsloven § 7. Undersøkelsene herfra har derfor vært relatert til dispensasjonsbestemmelsen i dokumentavgiftsloven § 3. Bestemmelsen lyder:

«Departementet kan i enkelttilfeller frita eller sette ned avgiften når særlige forhold taler for det.»

Spørsmålet blir i første omgang om det foreligger slike «særlige forhold» at bestemmelsen innebærer en myndighet for departementet til å dispensere. Som departementet ga uttrykk for i svarbrevet hit 15. mai 2003, er det landbruksmyndighetenes delingsvilkår og konsekvensene av dette, som først og fremst kan tilsi at saken er spesiell.

2. I utgangspunktet er det enighet om at A – som

følge av delingsvilkåret – ikke kunne gjennomført salget av gårdsbruket uten å overføre hjemmelen til hele eiendommen til kjøper. Dette legges derfor til grunn i det følgende.

I tråd med jordbrukssjefens innstilling, legger jeg også til grunn at utparselleringen av boligeiendommen var rasjonell og fornuftig.

Jeg anser det videre som selvsagt at As formål med å utparsellere boligeiendommen var å beholde grunnbokshjemmelen til boligeiendommen – også etter et salg av gårdsbruket.

Reelt sett innebar delingsvilkåret således at myndighetene satte som forutsetning for at A skulle kunne beholde grunnbokshjemmelen til boligeiendommen, at han midlertidig – og i strid med de reelle eierforhold og As intensjoner – overførte grunnbokshjemmelen til boligeiendommen til kjøperen av gårdsbruket. Dette må ha fremstått relativt klart da landbruksmyndighetene formulerte vilkåret.

Slik jeg ser det, er det nokså spesielt at landbruksmyndighetene på denne måten setter som forutsetning for en lovlig og fornuftig retthandel at det midlertidig – og i strid med eierens intensjoner – pålegger en fremgangsmåte som har som konsekvens at det etableres en proformasituasjon som utløser dokumentavgiftsplikt. Sees delingsvilkåret og avkrevningen av dokumentavgift i sammenheng, kan realiteten beskrives ved at myndighetene avkrever en «delingsavgift». Dette da forutsetningen for delingen er at det betales dokumentavgift for den delen av eiendommen som forutsetningsvis ikke skulle overdras.

Denne saken gjelder den dokumentavgift eieren ble avkrevd: ca. kr 54 000,-. Men siden det av dokumentavgiftsloven § 7 fremgår at avgiften skal beregnes av «salgsverdien» av den eiendom hvor hjemmel overføres, synes det klart at bestemmelsen åpnet adgang for å beregne avgift av boligeiendommens verdi også overfor kjøperen av gårdsbruket. Vilket – som forutsetter at boligeiendommen først overføres til kjøperen og deretter tilbakeskjøtes eier – ga således myndighetene anledning til å avkreve dokumentavgift to ganger; både overfor kjøper og overfor eier. Samlet synes myndighetene i denne saken således å kunne innkrevd ca. kr 108 000 i «delingsavgift».

Når man ser på vilkåret og dets konsekvenser samlet, er det mye som taler for å anse landbruksmyndighetenes styring av transaksjonene som et «særlig forhold» i dokumentavgiftslovens forstand. Riktignok var det klagerens eget delingsønske som medførte at landbruksmyndighetene måtte ta stilling til saken. Det forhold at eieren selv valgte å gjennomføre salget av gårdsbrukdelen av eiendommen, endrer ikke det særlige ved at delingsvilkåret er den eneste reelle grunnen til at det oppstår avgiftsplikt for den delen av eiendommen som ikke selges.

3. Av forarbeidene, Ot.prp. nr. 11 (1975–76), fremgår det på s. 19 at dispensasjonsbestemmelsen

«tar sikte på tilfeller hvor avgiften får en utilsiktet virkning». Som FIN har fremhevet, vil det således tale imot dispensasjon om det har vært lovgivers intensjon at slike tilfeller skal avgiftsbelegges.

Jeg finner det – ut fra det som fremstår som realiteten bak transaksjonene i denne saken – naturlig å ta utgangspunkt i at det ikke er dokumentavgift forbundet med deling av eiendommer. Det er også vanskelig å se grunner som tilsier at avgift bør påløpe ved deling av landbrukseiendommer. Dersom det hadde vært lovgivers intensjoner å avgiftsbelaste deling av landbrukseiendommer, ville det vært ønskelig om dette var klart kommet til uttrykk. På den måten ville man sikret en lik behandling av like tilfeller, og ikke gjort avgiftsplikten avhengig av om – og eventuelt hvorledes – landbruksmyndighetene formulerer delingsvilkårene.

4. I denne saken er det heller ikke grunn til å tro at landbruksmyndighetene tok de avgiftsmessige virkningene i betraktning da vilkåret ble utformet. Selv om landbruksmyndighetene ikke angir formålet bak delingsvilkåret nærmere, forstår jeg det slik at de landbrukspolitiske hensyn vilkåret skulle ivareta, kunne vært oppnådd uten at boligeiendommens grunnbokshjemmel først måtte overføres for deretter å bli tilbakeført. Vilkarets avgiftsmessige konsekvens har da et unødvendig, tilfeldig og utilsiktet preg. Slik jeg ser det, har det formodningen mot seg at det har vært lovgivers intensjon at avgiftsplikten skal ramme i slike tilfeller. Sett i sammenheng med avgiftspliktens betydelige størrelse, blir avgiftsbelastningen også urimelig.

5. På bakgrunn av mine merknader ovenfor, er det mye som kan tale for at nærværende sak er nokså spesiell og særegen, og i tillegg at det kan synes nærliggende å gi dispensasjon. De noe spesielle forhold jeg har tatt utgangspunkt i foran, må imidlertid vurderes og avveies mot hovedregelen om at avgift påløper ut fra de transaksjonene som faktisk blir gjennomført uten hensyn til nærmere undersøkelser om eller vurderinger av de konkrete motiver for transaksjonene. Generelle formålsbetraktninger kan tale for å praktisere dispensasjonshjemmelen restriktivt. Men selv om reglene fra lovgivers side er ment å være «firkantede» kan man ikke slutte at det har vært lovgivers intensjon at ethvert tilfelle skal avgiftbelegges. I så fall ville dispensasjonsbestemmelsen bli tom, hvilket ikke kan ha vært lovgivers intensjon.

Jeg deler FINs syn om at dispensasjon her vil komme i en viss konflikt med lovgivers formål om å lage et enkelt regelverk uten for mange unntak og dispensasjonstilfeller. Men heller ikke dette formålet kan trekkes så langt at det aldri skal kunne gis dispensasjon. Jeg har merket meg departementets praksis knyttet til jordskifte og lignende, men ser det slik at forholdene i nærværende sak ligger noe annerledes an. Dispensasjon her må kunne antas å ha begrenset presedensbetydning.

6. På denne bakgrunn har jeg kommet til at det i denne saken synes å forligge «særlige forhold», og at avgiftsplikten har elementer av utilsiktede og urimelige virkninger. Jeg har således funnet at det foreligger tvil omkring departementets rettsanvendelse og skjønnsutøvelse, og jeg vil derfor anbefale departementet å ta saken opp til ny behandling i lys av mine merknader og orientere meg om utfallet av den fornyede behandling.»

Departementet innvilget deretter dispensasjon.

53.

Arveavgiftsberegning av andel i nettolignet sameie

(Sak 2004–1478)

Ved gaveoverføring av en sameieandel i en forretningseiendom som var lignet etter nettometoden, ble arveavgiftsgrunnlaget fastsatt til 30 % av andelens forholdsmessige del av eiendommens skattemessige formuesverdi, jf. arveavgiftsloven 19. juni 1964 nr. 14 § 11 A. I forbindelse med at giveren noen år tidligere overtok eierandelen ved arv, ble arveavgiftsgrunnlaget derimot fastsatt til omsetningsverdien, jf. arveavgiftsloven § 11. Giveren hevdet at verdien av gaven måtte settes til en forholdsmessig del av eiendommens skattemessige egenkapital.

Ombudsmannen uttalte at selv om sameieandeler lignet etter nettometoden ikke er uttrykkelig nevnt i arveavgiftsloven § 11 A, gjør de samme hensynene seg gjeldende for slike andeler som for andeler i ansvarlige selskaper som også lignede etter nettometoden. Det var derfor ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot arveavgiftsmyndighetenes vedtak i saken.

A arvet i 1997 halvparten av en forretningseiendom fra sine foreldre. Ved arveavgiftsberegningen ble arveavgiftsgrunnlaget fastsatt på grunnlag av omsetningsverdien i henhold til arveavgiftsloven 19. juni 1964 nr. 14 § 11. I 2000 overførte A eierandelen til sine to barn som gave. Skattefogdkontoret la i denne forbindelse til grunn at avgiftsberegningen måtte foretas etter arveavgiftsloven § 11 A, ettersom det var tale om overføring av andeler i et nettolignet sameie. Verdien av andelene ble fastsatt til 30 % av andelenes forholdsmessige del av eiendommens skattemessige formuesverdi. Etter klage fra A opprettholdt Skattedirektoratet avgiftsfastsettingen.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at verdien av gaven måtte settes til en forholdsmessig del av eiendommens skattemessige egenkapital. Det ble i denne forbindelse bl.a. vist til at arveavgiftsgrunnlaget ved tidligere overføringer hadde vært fastsatt etter arveavgiftsloven § 11, som tar utgangspunkt i eiendommens antatte salgsverdi. Det ble videre vist til at det ikke fremgår klart av arveavgiftsloven § 11

A at andeler i nettolignede sameier omfattes av bestemmelsen.

I brev til klageren uttalte jeg:

«Utgangspunktet er at avgiftspliktige midler skal verdsettes til sin omsetningsverdi, jf. arveavgiftsloven § 11. For aksjer som ikke er børsnotert, andeler i ansvarlig selskap og kommandittselskap er det fastsatt egne regler i arveavgiftsloven § 11 A. Verdien av ikke-børsnoterte aksjer settes til 30 % av aksjenes forholdsmessige andel av aksjeselskapets samlede skattemessige formuesverdi, og andeler i ansvarlige selskap skal verdsettes på samme måte. Dersom en eiendel som overføres er av en slik art som § 11 A omhandler, skal verdsettingen skje på den måten bestemmelsen foreskriver.

Arveavgiftsloven inneholder ingen nærmere bestemmelser om hva som skal regnes som et ansvarlig selskap. Dette må derfor vurderes på bakgrunn av alminnelige selskapsrettslige regler. Selskapsbegrepet er definert i selskapsloven 21. juni 1985 nr. 83 § 1–2 første ledd bokstav a, som slår fast at med selskap menes virksomhet som nevnt i lovens § 1–1 første ledd. I sistnevnte bestemmelse heter det:

«Loven gjelder når en økonomisk virksomhet utøves for to eller flere deltakeres felles regning og risiko, og minst en av deltakerne har et ubegrenset, personlig ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser. Loven gjelder også hvor to eller flere deltakere har et ubegrenset ansvar for deler av forpliktelsene når disse deler til sammen utgjør virksomhetens samlede forpliktelser.»

Hvilke selskaper som regnes som ansvarlige selskaper fremgår av selskapsloven § 1–2 første ledd bokstav b.

Det alminnelige tingsrettslige sameiet reguleres av sameieloven 18. juni 1965 nr. 6, og kjennetegnes ved at hver enkelt sameier står fritt med hensyn til den rettslige disposisjon av sin andel av sameiegjenstanden. Selskapsloven vil som spesiallov gå foran sameielovens bestemmelser, jf. også sameieloven § 1 annet ledd. Dette betyr at hvis et sameie er å anse som et selskap etter selskapslovens regler, er det reglene i selskapsloven som gjelder.

Grensen mellom selskaper som faller inn under selskapslovens regler og alminnelige tingsrettslige sameier er ikke helt klar. Momenter som vil kunne være av betydning er heftelsesformen utad og den enkelte sameiers adgang til å forplikte de øvrige sameiere. Det avgjørende for grensedragningen er likevel en tolkning av selskapsloven § 1–1 første ledd. Utgangspunktet er at det i det tingsrettslige sameiet ikke utøves noen felles økonomisk virksomhet. I et tingsrettslig sameie utnytter hver av sameierne gjenstanden på egen hånd, jf. sameieloven § 3. Dersom sameierne etter sameieloven § 4, jf. § 5, vedtar å la sameietingen gå inn som for eksempel driftsmiddel i næringsvirksomhet som drives for felles regning, er

det klart at rettsfellesskapet vil ha karakter av et selskap som går inn under selskapsloven, jf. sameieloven § 1 annet ledd. Et vedtak som nevnt i sameieloven § 4 er imidlertid ikke en nødvendig forutsetning for at selskapsloven skal komme til anvendelse. Dersom den virksomhet som faktisk drives fanges opp av selskapsdefinisjonen i selskapsloven § 1–1 første ledd, vil dette være avgjørende.

Skattedirektoratet synes ikke å ha tatt direkte stilling til om virksomheten som drives med utgangspunkt i næringseiendommen i – - faller inn under selskapsdefinisjonen i selskapsloven § 1–1. I stedet har direktoratet vist til at reglene i arveavgiftsloven § 11 A må legges til grunn fordi det er tale om et nettolignet sameie.

Utgangspunktet er at sameieandeler lignes etter bruttometoden, mens selskapsandeler lignes etter nettometoden. Skatteloven 26. mars 1999 nr. 14 § 10–40 annet ledd gjør imidlertid unntak fra dette, og slår fast at sameieandeler skal skatlegges etter nettometoden «når en felles utnyttelse av sameietingen er rettet mot andre enn sameierne og denne bruken ikke er uvesentlig i forhold til sameierne egen bruk». Det er ikke omtvistet at eiendommen har vært ligningsmessig behandlet etter nettometoden i sameierne selvangivelser.

Bestemmelsen i arveavgiftsloven § 11 A ble vedtatt i forbindelse med oppfølging av skattereformen 1992. Ett av elementene i skattereformen var en overgang fra bruttoligning til nettoligning for deltakerlignede selskaper. En konsekvens av nettoligning er at all inntektsberegning foregår på «selskapsplan», og at skatteposisjonene knytter seg til «selskapet». Det samme gjelder i forhold til sameier som omfattes av skatteloven § 10–40 annet ledd.

Arveavgiftsloven § 11 gir uttrykk for et diskontinuitetsprinsipp ved arveavgiftsfastsettingen. Det er tale om å bygge på salgs- eller markedsverdi selv om dette bryter med hva som måtte være historisk kostpris. Et slikt prinsipp kan ikke opprettholdes under et system der gave- eller arvemottakeren må følge selskapets nedskrevne verdier som avskrivningsgrunnlag. Det er dermed i noen grad tale om å videreføre og bygge på bokførte verdier selv om salgpris skulle være høyere (kontinuitet). Dette er bakgrunnen for regelen i § 11 A første ledd annet punktum. I Innst. O. nr. 47 (1991–92) s. 19 uttalte Finanskomiteen bl.a. følgende om dette:

«Flertallet viser til at innføring av nettoligning for ansvarlige selskaper og kommandittselskaper fører til at gave- og arvemottaker må følge selskapets nedskrevne verdier som avskrivningsgrunnlag. Dette innebærer at ved arv og gave av andeler i slike selskaper vil ikke diskontinuitetsprinsippet kunne opprettholdes for avskrivningenes del. Situasjonen for andeler i slike selskaper blir dermed tilsvarende som for aksjer. Flertallet mener derfor at arveavgiftsverdsettelse må fastsettes på tilsvarende måte som for ikke-børsnoterte aksjer.»

Selv om sameieandeler lignet etter nettometoden ikke er uttrykkelig nevnt, gjelder det som her er fremholdt like mye i forhold til slike andeler. Reelle hensyn taler derfor for at løsningen må bli den samme.

Det er etter dette vanskelig å se at det kan rettes avgjørende rettslige innvendinger mot at arveavgiftsmyndighetene har lagt til grunn at sameieandeler i sameie der sameierne har vært lignet etter nettometoden skal verdsettes etter arveavgiftsloven § 11 A.

Plikten til å betale arveavgift ved gaveoverføring inntretr på det tidspunktet gaven må anses ytet, jf. arveavgiftsloven § 2 tredje ledd. En «reversering av transaksjonen» med virkning for avgiftsplikten er derfor neppe mulig etter dette tidspunkt.»

54.

Arveavgift – når boretten er testamentert til en annen enn eiendomsarvingen

(Sak 2004–1168)

Arvelater hadde testamentert sin faste eiendom med hus til A, mens B var gitt bruksrett til huset. Avgiftsmyndighetene la til grunn at Bs bruksrett var eksklusiv og fastsatte Bs arveavgift – ut fra en verdsettelse av bruksretten i henhold til aal. § 13 – tilsvarende eiendommens fulle verdi. Ett år og tre måneder etter arvelaters død kjøpte/avløste A bruksretten fra B. Avgiftsmyndighetene la til grunn at det fulgte av arvelaters bestemmelse i testamentet at A først fikk rådighet over sin arv ved bortfallet av Bs bruksrett. Arveavgiftsplikten ble derved utsatt i henhold til aal. § 9. As arveavgiftsplikt inntrådte ved utløsningen av Bs bruksrett og ble beregnet i henhold til aal. § 5 ut fra eiendommens fulle verdi, uten fradrag for bruksretten eller utløsningsvederlaget. Arvelaters fordeling av eiendommens eierbeføyelser mellom A og B medførte således at eiendommens fulle verdi ble lagt til grunn både ved beregningen av As og Bs arveavgift, slik at det samlede arveavgiftsgrunnlaget på denne måten ble «doblet».

Ombudsmannen fant at det forelå tvil om arveavgiftsvedtaket overfor A var fattet på riktig rettslig grunnlag. Det ble vist til at arvelaters bestemmelse i testamentet – forstått i samsvar med alminnelig språkbruk – må anses som en gjennomført fordeling av arven, mer enn en beslutning om utsatt rådighetserverv for A. Det ble lagt til grunn at aal. § 2 tredje ledd om gave ikke regulerte arvetilfeller hvor eierbeføyelsene fordeles mellom flere mottakere, og at aal. § 9 første ledd knyttet til utsatt rådighetserverv heller ikke kan fortolkes utvidende i lys av aal. § 2 tredje ledd til å omfatte tilfellene. Standpunktet ble også – etter en gjennomgang – forankret i lovens forarbeider, formålsbetraktninger, høyesterettspraksis og reelle hensyn. Selv om avgiftsmyndighetens vedtak skulle ha støtte i forvaltningspraksis og juri-

disk teori, ble det ikke funnet grunnlag for å legge avgjørende vekt på det. Ombudsmannen ba Skattedirektoratet ta saken opp til ny behandling.

Da arvelater døde 28. oktober 2000 etterlot han seg testament med følgende bestemmelser:

«Undertegnede [...], f.[...] bestemmer herved som min siste vilje at min eiendom «X» gnr. [...] bnr. [...] skal tilfalle A, f. [...], [...], eller om han er død – hans livsarvinger.

B, f. [...] skal ha rett til å bo i huset og fullt ut disponere hus og innbo så lenge han selv måtte ønske det. Forutsetningen for dette er at han påtar seg vanlig vedlikehold av hus og innbo etter økonomisk evne og holder det i god stand.

A kan således ikke disponere over hus og innbo så lenge B bor i huset eller så lenge han ønsker å bo i huset.

Det jeg forøvrig har av bankinnskudd, bil og løsøre skal tilfalle B i sin helhet.

A skal også i den tid B bor i huset ha tilsyn med ham og kunne se etter og eventuelt tre støttende til. [...]»

Boet ble overtatt av B v/verge advokat Y til privat skifte ved skifterettens skifteattest.

I avtale mellom dødsboet og A ble det avtalt at A skulle erverve eiendommen heftelsesfri for kr. 400 000.

Vergen, advokat Y, sendte melding om arv for beregning av arveavgift. I meldningen ble eiendommen verdsatt til kr 513 000, som ble fordelt med kr 400 000 til B (kjøpesum for bruksrett) og kr 113 000 til A. Fra As arv ble det krevd ytterligere fradrag for pådratte kostnader med kr 50 361.

I Oslo og Akershus skattefogdkontors avgiftsvedtak ble eiendommens salgsverdi satt til kr 680 000. For A ble arveavgiftsgrunnlaget fastsatt med utgangspunkt i eiendommens fulle verdi kr 680 000, med fradrag for overdragelsesomkostningene på kr 50 361, til kr 629 639. Bs arv ble verdsatt etter arveavgiftsloven (aal.) § 13 til kr 680 000, med tillegg av bankinnskudd kr 75 980, og med fradrag for omkostninger på kr 70 020, til kr 685 960.

På vegne av begge arvingene påklaget advokat Z arveavgiftsvedtaket til Skattedirektoratet (SKD) som stadfestet vedtaket. Det ble fremhevet at Bs boret var korrekt verdsatt i henhold til aal. § 13. Overfor A ble det lagt til grunn at Bs bruksrett og utløsningssummen ikke påvirket hva A arvet, men når han skulle få/fikk rådighet over arven. Det fulgte da av aal. § 9 første ledd innledningsvis at arveavgiftsplikten skulle utsettes til Bs boret bortfalt. Av aal. § 5 jf §§ 11 til 14 fulgte det videre at arven skulle verdsettes slik den fremsto etter rådighetservervet. Gjennom utløsningen bortfalt bruksrettsheftelsen, og SKD la til grunn at skattefogdkontoret med rette hadde beregnet arveavgift ut fra eiendommens fulle verdi, herunder at det med rette var sett bort fra bruksretten og utløsningsbeløpet.

Advokat Z brakte saken inn for ombudsmannen.

Saken ble forelagt SKD i brev herfra hvor SKD bl.a. ble bedt om å begrunne nærmere hvorfor Bs bruksrett ikke tillegges betydning for fastleggingen av hva A arvet; rådigheten over samtlige av eiendommens beføyelser med unntak av bruksretten B arvet. Herunder ble det bedt opplyst hvorfor direktoratet syntes å mene at arveavgiftsberegningen ble feil hvis As arveavgift ble beregnet med utgangspunkt i eiendommens verdi, med fradrag for verdien av bruksretten B arvet. Samtidig ble det bedt kommentert om det kunne sees slik at A kjøpte, innløste eller avløste – i motsetning til at han arvet – den bruksretten som var testamentert til B og som B rådet over. SKD ble også bedt om å opplyse om det hadde merknader til at den aktuelle forståelse av arveavgiftsloven synes å innebære at verdien av eiendommen arvelater etterlot seg ble avgiftsberegnet fullt ut to ganger som følge av at bruksretten ble skilt ut fra eiendomsrettens øvrige beføyelser.

Fra SKDs svar 9. desember 2003 hitsettes:

«Plikten til å svare arveavgift begrunnes blant annet med at den avgiftspliktige får en skatteevne ved overførte midler ved arv eller gave. Som følge av denne begrunnelsen er det naturlig å knytte tidspunktet for når den avgiftspliktige skal betale arveavgiften, samt størrelsen på kravet, til det tidspunkt hvor han faktisk får en slik rådighet over arven eller gaven at midlene gjør det mulig for ham å betale arveavgiften. Det er på det tidspunkt skatteevnen materialiserer seg, og gir legitimitet til avgiftskravet. Lovgiverne har tatt hensyn til det i arveavgiftsloven, og innført kriteriet «rådighet». Rådighetstidspunktet har betydning for avgiftsgrunnlaget (§ 5), avgiftsberegningen (§ 18), forfallet (§§ 20 og 21), avgiftsmyndigheten (§ 24) og meldings- og opplysningsplikten (§§ 25 og 27).

Normalt vil det være samsvar mellom tidspunktet for ervervet rådighet etter arveavgiftsloven og privatrettslig ervervet eiendomsrett til formuesgodet. Ved gaveoverføringer av fast eiendom eller arv av fast eiendom kan imidlertid rådighetstidspunktet, som er avgjørende for arveavgiftsberegningen, avvike fra det tidspunkt hvor eiendomsretten over gavegjenstanden/arven erverves i henhold til alminnelig tingsrett. Det gjelder særlig de tilfeller hvor giver/arvelater bestemmer at en annen person skal ha total eller vesentlig bruksrett til eiendommen. I gavesaker er det vanlig at giver forbeholder seg eller andre vesentlig bruksrett til gavegjenstanden. I arvesaker er det mindre vanlig, men ikke upraktisk, at arvelateren bestemmer at en annen enn den som arver eiendommen skal arve en bruksrett til eiendommen, slik tilfellet er i denne saken. Ut over disse tilfellene følges de alminnelige tingsrettslige reglene for hvem som er eier og om eiendomsovergangen, også for rådighetservervet i arveavgiftsaker. Arveavgiftsloven § 5 tredje ledd bygger nettopp på et slikt «funksjonelt eierbegrep».

[...]
Direktoratet mener at hensynet til «skatteevne» har vært sentralt i utformingen av regelen om utsatt rådighetserverv, men også det prove-

nymessige er presisert. Direktoratet mener at hensynet til provenyet ikke må undervurderes i saken. Begge avgiftspliktige får ved arvelaters disposisjon (testamentet) og tilhørende begivenhet (dødsfallet) et formuesgode hver som er/blir avgiftsmodent, men til hver sin tid, og som er avgiftspliktig iht loven.

Skattedirektoratet har ikke sett eiendommen som begge arvingers arvegjenstand. A arver fast eiendom, mens B arver en bruksrett. Det er to forskjellige arvegjenstander, og behandles som to formuesgoder ved arveavgiftsberegningen. Dette gjelder selv om den faste eiendommen er «gjenstand» for begge formuesgodene. Direktoratet beklager dersom dette ikke kom klart frem av klagevedtaket.

Slik loven er utformet, avgiftsplikten oppbygget og formålet angitt, vil det være i strid med avgiftsmyndighetens oppgaver, jf. arveavgiftsloven § 23 første ledd, å ikke foreta en slik avgiftsberegning som Oslo og Akershus skattefogdkontor gjorde. B arvet en livsvarig bruksrett som han fikk rådighet over ved dødsfallet. Bruksretten skal verdsettes etter arveavgiftsloven § 13 til kapitalverdien satt på grunnlag av årlig verdi og antatt varighet. A arvet den faste eiendommen, men fikk ikke rådighet over denne ved dødsfallet da Bs bruksrett til eiendommen var total. Etter arveavgiftsreglene skal da avgiftsberegningen utstå til arvingen erverver rådighet over arvegjenstanden, jf. § 5 jf. § 9. A ervervet rådigheten over eiendommen først da B oppgav sin bruksrett. Ved det tidspunkt (rådighetservervet) var eiendommen ikke lengre beheftet med bruksrett, slik at denne ikke lengre utgjør en verdireducerende faktor da fastsettelsen og verdsettelse av avgiftsgrunnlaget skulle foretas.

Når det gjelder spørsmålet om A kan anses å ha kjøpt, innløst eller avløst bruksretten og ikke arvet den, er direktoratet enig i at A ikke arvet bruksretten. Han arver den faste eiendommen. Da han fikk rådighet over eiendommen etter arveavgiftsloven, mottok han hele eiendommen uten påheftet bruksrett. Rådighetstidspunktet ble skjøvet frem i tid, som følge av bruksrettens bortfall ved at A kjøpte ut, innløste eller avløste Bs bruksrett. A betaler bruksrettskriver for å få sin arv tidligere enn bestemt.

I klageavgjørelsen av [...] drøftet direktoratet muligheten for at A kunne få fradrag for avløsningssummen til B i arveavgiftsgrunnlaget. Direktoratet fant at det ikke var hjemmel for et slikt fradrag. Avløsningssummen har betydning for når rådigheten erverves, og ikke om rådigheten vil bli ervervet.

[...]
Som nevnt får begge avgiftspliktige ved arvelaters disposisjon (testamentet) og tilhørende begivenhet (dødsfallet) et formuesgode hver, fast eiendom og bruksrett, som er/blir avgiftsmodent, men til hver sin tid, og som er avgiftspliktig iht loven. Dette innebærer at det verken er subjektiv dobbeltbeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning. Samme person er ikke avgiftsbelagt dobbelt og samme formuesgode er ikke avgiftsbelagt dobbelt. Det kan godt påstås at «arven» beskattes dobbelt, imidlertid knytter loven avgiftsplikten til mottakeren, derfor er det av mindre betydning at «arven» blir avgiftsbelagt to ganger så lenge dette skjer overfor forskjellige avgiftspliktige mottakere.»

Advokat Z kommenterte SKDs svar i brev hit, som ble oversendt SKD med anmodning om å kommentere en opplysning om at Bs boretts ikke var eksklusiv, og om dette var ansett for å være av rettslig betydning. SKD besvarte spørsmålet bekræftende i brev hit, men fremholdt at SKD la til grunn at testamentet innebar at Bs bruksrett var eksklusiv.

Partene kom tilbake til saken med ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken ble det herfra uttalt:

«SKD har i forbindelse med undersøkelsen av saken herfra gitt et klart og forklarende svar (i hovedsak sitert ovenfor) som underbygger det rettslige grunnlaget for den forvaltningspraksis som ligger til grunn for den arveavgiftsmessige behandling av denne typen arvesaker. På tross av den klargjørende redegjørelsen som er gitt, er jeg etter å ha gått nærmere gjennom rettskildene kommet i tvil om avgjørelsen i denne saken og lignende arveavgiftssaker er rettslig holdbar. SKD bes derfor om å behandle saken på ny på bakgrunn av merknadene nedenfor:

1. I arvelaters testamentene var det bestemt at A skulle arve eiendommen «X», mens B skulle «ha rett til å bo i huset og fullt ut disponere hus og innbo så lenge han måtte ønske det». Forutsetningen var at han påtok seg vanlig vedlikehold av hus og innbo etter økonomisk evne og holdt det i god stand.

2. Avgiftsmyndighetene har lagt til grunn at arvelater med dette har bestemt at As rådgighetserverv skal utsettes til Bs boretts har bortfalt, jf. aal. § 9, og at arven først skal verdsettes etter at heftelsen har bortfalt, jf. aal. § 5 første ledd annet punktum. For Bs del ble det lagt til grunn at han ervervet rådgigheten over boretten på samme måte som etter de alminnelige tingsrettslige regler og ved arvelaters død etter arveavgiftslovens hovedregel i § 9.

Avgiftsmyndighetenes forståelse medførte for det første at B måtte svare arveavgift for boretten beregnet etter aal. § 13, fastsatt til eiendommens fulle verdi kr 680 000. Det som først og fremst dannet utgangspunktet for undersøkelsen herfra i denne saken, er at det også overfor A ble beregnet arveavgift av eiendommens fulle verdi. Arveavgiftsberegningen er upåvirket av at B var tilgodesett med en boretts og at A senere hadde utløst denne for kr 400 000. Avgiftsmyndighetenes betraktning er at A først etter ervervet av Bs bruksrett fikk rådgighet over arven – eiendommen «X» – og at eiendommen da var heftelsesfri. Utløsningssummen ble ikke ansett som en nødvendig kostnad for å få rådgigheten over arven, da den kun medførte en forskyvning av tidspunktet for rådgighetservervet.

3. Det er klart at A ikke arvet B. Konsekvensen av avgiftsvedtakene økonomisk sett er ut fra en alminnelig betraktningssåte således at avdødes arvefall medførte at arven etter ham – eiendommen til kr 680 000 – ble avgiftsbelastet to ganger, slik at sam-

let avgiftsgrunnlag etter ham ble kr 1 360 000. Videre er det vanskelig å se det annerledes enn at A har blitt avgiftsbelastet for en vesentlig større verdi enn berikelsen han faktisk oppnådde gjennom arven. På denne bakgrunn er det naturlig å reise spørsmål om vedtaket overfor A er riktig.

4. I forhold til As sak, følger det av aal. § 9 første ledd bokstav a) at han skal anses for å ha ervervet rådgigheten ved arvelaters død, så fremt «*ikke annet følger av arvelaters [...] bestemmelse*», se lovbestemmelsen innledningsvis til første ledd.

Spørsmålet saken reiser er hvorvidt avgiftsmyndighetene har anvendt aal. § 9 riktig når det er lagt til grunn at arvelaters bestemmelse – om at B skal ha boretts til eiendommen – er en beslutning om at As rådgighetserverv skal utsettes. Altså; om det er riktig å se det slik at arvelater derved har bestemt at A først skal få rådgigheten over sin arv når Bs boretts faller bort. I realiteten kan dette sees som et spørsmål om testamentets bestemmelse regulerer «*når*» A skal motta arven (slik avgiftsmyndighetene har lagt til grunn) eller «*hva*» henholdsvis A og B skal arve.

5. Først presiseres at ombudsmannen ikke er kjent med noen høyesterettsavgjørelse som tar stilling til om arvelaters bestemmelse om å fordele eierbeføyelsene mellom ulike arvinger skal anses som en bestemmelse om utsatt rådgighetserverv i forhold til aal. § 9. Så vidt vites har heller ikke spørsmålet vært prøvet for de lavere domstoler og deretter dannet grunnlag for senere gjeldende forvaltningspraksis.

6. Det er derved naturlig å ta utgangspunkt i *lovteksten og testamentsbestemmelsens ordlyd* og vurdere disse i lys av alminnelig språkbruk og (moderne) juridiske teori. Det juridiske innholdet av eiendomsretten i alminnelig formue- eller privatrett beskrives gjerne som rådgigheten over de faktiske og rettslig beføyelser som tilligger eiendommen. Hvis beføyelsene spres, avgrenses eiendomsretten negativt; eieren har rådgigheten over de beføyelser som ikke særskilt er gitt til andre, jf. bl.a. Falkanger, Tingsrett (5 utg.) side 42 flg.

7. Konsekvensen av denne alminnelige betraktningssåte blir at arvelater i testamentet besluttet å *fordele* de beføyelser som tillå eiendommen ved at B arvet én beføyelse (boretten for sin levetid/så lenge han ønsket), mens A arvet eiendomsrettens øvrige beføyelser. Det synes således mest naturlig å se testamentets bestemmelser først og fremst som et uttrykk for «*hva*» A og B arvet, og ikke «*når*» A skulle få rådgigheten over sin arv. Bestemmelsene om at B skal ha boretts og at A skal ha eiendomsretten for øvrig, er dermed mest naturlig å anse som en *fordeling* av de rettigheter han rådet over gjennom eiendommen, og ikke en særskilt bestemmelse om utsatt rådgighetserverv for A.

De faktiske forhold kan illustrere dette. I utgangspunktet er jeg ikke uenig med SKD i at Bs rett til å disponere *huset* er eksklusiv, slik at A verken

kunne bebo eller på annet vis disponere den bygningsmassen huset utgjorde ved arvefallet. Det er for så vidt tale om en nokså vesentlig begrensning i As eierrådighet. På den annen side er det neppe noen begrensning i As rett til å råde over de eierbeføyelsene han arvet, så lenge Bs bruksrett ikke krenkes. Dette vil for det første omfatte retten til å bebo – eller på annet vis bruke – huset etter at Bs borette har falt bort. Videre er det neppe grunnlag for å hevde at testators bestemmelse om at B skulle ha rett til å disponere *huset*, er til hinder for at A disponerte over eiendommens øvrige fysiske eller økonomiske potensial (pantsette med prioritet etter Bs borette eller solgt huset påheftet Bs borette). Det er således naturlig å forstå testamentsbestemmelsen – og ordlyden i aal. § 9 – som en *fordeling* av eierbeføyelsene som tillå eiendommen mellom B og A, og ikke som en bestemmelse om utsatt rådighetserverv og derved som et unntak fra hovedregelen om tiden for rådighetserverv i aal. § 9 første ledd.

8. Slik jeg forstår SKD i brevet hit 9. desember 2003, legger også direktoratet til grunn at den måten å betrakte eiendomsretten og rådighetservervet på, normalt også gjelder på arveavgiftslovens område. Jeg baserer dette bl.a. på formuleringen «*normalt vil det være samsvar mellom tidspunktet for ervervet rådighet etter arveavgiftsloven og privatrettslig ervervet eiendomsrett til formuesgodet*».

9. En naturlig språklig forståelse av testamentsbestemmelsen, forstått opp imot ordlyden i aal. § 9, tilsier således at A skal anses å ha ervervet rådigheten over sin arv – sine eierbeføyelser – ved arvefallet. Og motsatt synes det anstrengt å hevde at en fordeling av eierbeføyelsene er en bestemmelse om utsatt rådighetserverv. Dersom bestemmelsene i aal. § 9 ff. fortolkes i samsvar med denne forståelsen, blir konsekvensen at verdsettelsen av As arv må gjøres under hensyn til at B har borette på eiendommen, altså med et fradrag for verdien av denne, jf. aal. § 5.

10. Fra SKDs utgangspunkt – om at de alminnelige tingsrettslige regler normalt også gjelder på arveavgiftsrettens område – har SKD fremhevet at det skal oppstilles enkelte unntak hvor rådighetservervet skal anses å inntre på et annet tidspunkt. I brevet hit 9. desember 2003 heter det:

«Det gjelder særlig de tilfeller hvor giver/arvelater bestemmer at en annen person skal ha total eller vesentlig bruksrett til eiendommen. I gavesaker er det vanlig at giver forbeholder seg eller andre vesentlig bruksrett til gavegjensstanden. I arvesaker er det mindre vanlig, men ikke upraktisk, at arvelater bestemmer at en annen enn den som arver eiendommen skal arve en bruksrett til eiendommen, slik som i denne saken. Utover disse tilfellene følges de alminnelige tingsrettslige reglene for hvem som er eier og om eiendomsovergangen, også for rådighetservervet i arveavgiftssaker. Arveavgiftsloven § 5 tredje ledd bygger nettopp på et slikt «funksjonelt eierbegrep».»

11. Det er grunn til å se nærmere på denne anbeførelse, og knytte noen merknader til den. Av hensyn til arveavgiftslovens oppbygning, og de reelle forskjeller som bør synliggjøres, vil jeg imidlertid systematisere typetilfellene noe annerledes. Jeg vil særlig skille mellom de tilfeller som omfattes av ordlyden i aal. § 2 tredje ledd: hvor giver selv *beholder* den vesentlige rådigheten til gavegjensstanden, og de tilfellene som ikke rammes av ordlyden: når eierbeføyelser *fordeles* mellom flere mottakere. Sistnevnte gruppe omfatter både gave- og arvetilfellene.

Nærmere om aal. § 2 tredje ledd

12. Aal. § 2 tredje ledd første punktum er en bestemmelse om når en «gave» anses «ytet» i arveavgiftslovens forstand. Hvorvidt gaven anses ytet (oppfyllingstidspunktet) er avhengig av i hvilken grad giver har beholdt rådigheten. Dette følger direkte av aal. § 2 tredje ledd første punktum som lyder:

«En gave anses ytet når giveren med endelig virkning har *gitt fra seg* rådigheten, eller den etter forholdene vesentlige rådighet, over den. [mine kursiveringer]»

På antitetisk grunnlag kan det slutes at en gave således ikke skal anses ytet hvis giveren har *beholdt* den vesentlige rådigheten. Konsekvensen av at gaven ikke er ytet, er at mottakeren(e) heller ikke anses for å ha fått rådigheten over gaven. Dette følger forutsetningsvis av aal. § 9 første ledd bokstav d). For disse typetilfellene følger det således av uttrykkelige bestemmelser i arveavgiftsloven at rådighetservervet avviker fra hva som ellers ville fulgt av de alminnelige regler.

13. Når det gjelder de øvrige typetilfeller hvor SKD har anført at rådighetservervet fraviker de alminnelige regler – ved fordeling av eierbeføyelsene gjennom arv eller gave mellom flere mottakere – er situasjonen imidlertid annerledes. I motsetning til når giver *beholder* den vesentlige av rådigheten selv, er det intet i ordlyden i § 2 tredje ledd, § 9 første ledd bokstav d) eller andre bestemmelser i arveavgiftsloven, som oppstiller et særskilt oppfyllelses – eller rådighetservervstidspunkt når eierbeføyelsene er *fordelt* mellom flere arvinger. Når det gjelder den rettslige forankring bak SKDs standpunkt, er det i svaret hit ikke sondret eksplisitt mellom de tilfeller som omfattes av ordlyden i § 2 tredje ledd og disse andre typetilfellene. Jeg har imidlertid forstått det slik at oppfatningen i stor grad har sitt utgangspunkt i aal. § 2 tredje ledd, og vil derfor knytte noen merknader til om bestemmelsen likevel kan gis anvendelse på fordelingstilfellene.

14. Forarbeidene synes å ta stilling til spørsmålet, og viser at det var lovgivers eksplisitte intensjon at bestemmelsen kun skulle få anvendelse i de tilfeller hvor giver selv *beholder* rådigheten, se særlig Ot.prp. nr. 48 (1962–63) side 11:

«Departementet foreslår at det *eneste* avgjørende blir *når gaven ble ytet*, og at gaven ikke anses ytet før giveren har gitt fra seg «den etter forholdene vesentlige rådighet. Det *blir uten betydning om gavemottakeren har fått denne rådigheten* eller om midlene foreløpig er båndlagt. Ytelsestidspunktet fastlegges altså på basis av *giverens forhold til midlene* og behøver ikke falle sammen med tiden for «rådighetservervet» som omhandles i §§ 9 og 10, og som gjelder *mottakerens forhold til midlene.*» [mine kursiveringer]

Ordlyden sett i sammenheng med ovennevnte fra forarbeidene gjør det vanskelig å se det annerledes enn at bestemmelsen er ment å være en særregulering for når en gave anses «ytet», uavhengig av mottakerens forhold til gjenstanden. Å anvende bestemmelsen på tilfeller hvor giveren ikke lenger har noen rådighet – eller i arvetilfellene – synes således vanskelig å forene med lovens ordlyd og lovgivers intensjoner bak bestemmelsen.

15. Mens jeg ovenfor la til grunn at *vilkåret* i § 2 tredje ledd ikke lett lar seg anvende i fordelingsstilfellene, finner jeg også grunn til å fremheve at *konsekvensen* § 2 tredje ledd direkte regulerer er når gaven anses «ytet». Det er vanskelig å forene denne konsekvensbeskrivelsen med fordelingsstilfellenes faktiske forhold. I forhold til vanlig språkbruk er det anstrengt å hevde at en giver som har gitt fra seg all rådighet, likevel ikke har «ytet», fordi eierbeføyelsene ble fordelt. Enn vanskeligere blir det å hevde at arven ikke er «ytet» ved en slik fordeling.

En anvendelse av § 2 tredje ledd på fordelingsstilfellene innebærer således ikke bare at bestemmelsen må anvendes på tilfeller som ikke er omfattet av vilkårene, men det må også medføre en annen konsekvens enn bestemmelsen utpeker, og til tross for at det ikke er noen bestemmelse som tilsvarer aal. § 9 første ledd bokstav d), som omhandler tilfellene. En slik anvendelse av bestemmelsen krever nokså klar rettskildemessig forankring, særlig ettersom anvendelsen er til borgerens ugunst.

16. På denne bakgrunn legges det til grunn for det følgende at aal. § 2 tredje ledd første punktum oppstiller et særskilt ytelsestidspunkt som fraviker de alminnelige tingsrettslige regler, men som kun kan gis anvendelse i de tilfeller hvor giver selv beholder den vesentlige rådighet over gavegjenstanden. Bestemmelsen omfatter således ikke de gavetilfeller hvor giveren har gitt fra seg all rådighet (til én eller flere mottakere) eller noen arvetilfeller. I disse tilfellene må henholdsvis ytelses- og arvefallstidspunktet i utgangspunktet bedømmes etter de alminnelige tingsrettslige eller arverettslige regler.

Det er etter dette vanskelig å se at aal. § 2 tredje ledd – direkte eller indirekte – kan underbygge avgiftsmyndighetens standpunkt i denne saken.

Nærmere om fortolkningen av testamentsbestemmelsen og aal. § 9

17. Arveavgiftsloven inneholder etter det jeg har lagt til grunn ingen særskilt bestemmelse som etter en alminnelig språklig forståelse av ordlyden gir grunnlag for SKDs standpunkt om at de alminnelige tingsrettslige regler ikke gjelder når eierbeføyelsene gjennom arv eller gave er fordelt mellom flere mottakere. Nedenfor vil jeg derfor knytte noen merknader til hvorvidt avgiftsmyndighetenes standpunkt likevel kan sies å ha tilstrekkelig rettslig forankring i en fortolkning av aal. § 9 i forhold til testators bestemmelse om at B skal ha rett til å disponere huset.

18. Avgiftsmyndighetenes anvendelse av aal. § 9 i denne saken bygger på en nokså særegen presiserende forståelse eller helst en noe utvidende fortolkning (enn hva som følger av alminnelig juridisk språkbruk) av aal. § 9. Siden bestemmelsen anvendes i kombinasjon med aal. § 5 slik at Bs boret ikke blir hensyntatt ved avgiftsberegningen, skjer denne utvidende fortolkningen av reglen om utsatt arveavgift til borgerens ugunst. Skal et slikt resultat stå seg, må det – som antydnet foran – ha relativt sterk forankring i øvrige rettskilder. Det vises til at både legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet gjør seg gjeldende, og at Høyesterett ved flere anledninger innen skatte- og avgiftsområdet har lagt vesentlig vekt på dette. Betrakningen synes også å ha blitt tillagt avgjørende vekt innenfor arveavgiftsrettens område, jf. eksempelvis Rt. 2002 side 1322.

19. Ved fortolkningen av aal. § 9 vil jeg først knytte noen kommentarer til *lovens forarbeider*. Slik jeg leser disse, i lys av forhistorien og lovforslagets utvikling, kan det synes som lovgiver mente at rådighetservervet *kun* skal anses utsatt når dette «*virkelig*» følger av arvelaters/givers bestemmelse, og altså ikke i tilfeller hvor det er knyttet inntektsnytel-sesplikter (bruksrett, livrente, løpende kapitalavkastning, grunnavgift m.v.) til arven/gaven.

20. Etter forhistorien og den tidligere arveavgiftsloven av 1905 § 4, med tilleggslov 16. mars 1934, skulle den gang arveavgiften delvis utsettes når det var heftet en inntektsnytelse til arven. Bestemmelsen gjaldt etter sin ordlyd kun ved arv, og ikke i gavetilfellene. Avgiftsmyndighetene antok imidlertid at tilsvarende også skulle gjelde i gavetilfellene hvor eieren forbeholdt seg retten til en inntektsnytelse. Denne praksis ble imidlertid overprøvd av Høyesterett i 1954 (Rt. 1954 s. 396). Høyesterett fant (dissens 3–2) ikke å kunne gi bestemmelsen anvendelse i gavetilfellene da dette ville innebære en anvendelse av bestemmelsen utenfor ordlyden og ga uttrykk for at det er en «vesentlig reell forskjell», så vidt jeg forstår, mellom arve- og gavetilfellene (s. 398). Jeg vil komme nærmere tilbake til denne avgjørelsen nedenfor. Det sentrale i denne omgang er at etter Høyesteretts avgjørelse ble det etter det jeg kan se lagt til grunn at arveavgiftsloven av 1905 kun

medførte utsatt arveavgift i arvetilfellene, og ikke i gavetilfellene.

Da loven skulle revideres, ble reglene om utsatt arveavgift – og derved utsatt verdsettelsestidspunkt – foreslått utvidet til også å gjelde i gavetilfellene. Utvalget foreslo i innstillingen av 30. oktober 1958 (utv) at reglene om utsatt arveavgift særlig skulle gjelde i to tilfeller: når ervervet var utsatt eller betinget samt i alle tilfeller hvor det var heftet en pensjonsforpliktelse (inntektsnytelse) til gjenstanden, jf. utv §§ 9 og 10. Bestemmelsen gjaldt både i arve- og gavetilfellene, jf. utv § 12. Dersom § 4 i den tidligere loven hadde blitt videreført, eller utvalgets forslag hadde blitt vedtatt, ville det således vært utsatt avgiftsplikt i dette tilfellet.

21. Departementet fravek imidlertid uvalgets forslag på en rekke områder. Herunder ble reglene om utsatt arveavgiftsplikt omarbeidet og utvalgets forslag om at dette skulle gjelde i inntektsnytelsetilfellene ble ikke videreført. I Ot.prp. nr. 48 (1962–63) heter det om utformingen og anvendelsen av (någjeldende) aal. § 9 på side 14:

«Som nevnt side 8–9 vil departementets utkast i normaltilfellene føre til at rådigheten ansees ervervet på den tid da arveavgiften etter utvalgets forslag skulle inntre. Departementet gjør unntak fra hovedregelen *bare* når rådighetservervet *virkelig* blir forskjøvet som følge av givers eller arvelaters bestemmelse, mens det viktigste unntaket i någjeldende lover og utvalgets utkast gjelder inntektsnytertilfellene (l. 1905, § 4, utv. § 10), uten at det spørres om rådighet. [mine kursiveringer]»

Slik jeg forstår forarbeidene gis det i referatet uttrykk for at § 4 i 1905-loven og utvalgets § 10 skal fravikes, og at regelen om utsatt arveavgift *ikke* skulle komme til anvendelse utelukkende fordi det var heftet en inntektsnytelse til gaven/arven. Det er også forutsatt at det ikke er en nødvendig sammenheng mellom rådighetservvertidspunktet og at det er påheftet en inntektsnytelse. Dette sammenfaller for øvrig med referatet ovenfor i tilknytning til § 2 tredje ledd, hvor det ble forutsatt at det ikke nødvendigvis var sammenfall med rådighetservervet og når gaven skal anses ytet. At dette virkelig var bestemmelsens intensjon understrekes i siste avsnitt i Ot.prp. nr. 48 (1962–63) punkt 6 på side 10, der drøftelsen omkring inntektsnytelsetilfellene oppsummeres med at:

«Ordnningen med utsatt avgiftsplikt [i inntektsnytertilfellene] vil således etter departementets forslag falle helt bort.»

Lovgiver vedtok siden departementets forslag, uten at innholdet i noen av de ovennevnte referater ble justert eller korrigert. Det synes således riktig å legge til grunn at forarbeidene til aal. § 9 viser at det var et bevisst valg at man gikk bort fra de tidligere regler – og utvalgets forslag – hvor inntektsnytelser automatisk førte til utsatt rådighetserverv i arvetil-

fellene, samt at det eksplisitt er forutsatt at så ikke skal skje.

22. Resultatet i denne saken – hvor det likevel synes å være lagt avgjørende vekt på at det foreligger en inntektsnytelse til B – kan således synes vanskelig forenlig med lovgivers uttalte intensjoner. Det er grunn til å se noe nærmere på hva *formålsbetraktninger* kan tale for. I og med at loven og bestemmelsen i aal. § 9 ikke har noen særskilt formålsangivelse, må formålet med aal. § 9 søkes avklart gjennom forarbeidene og ved en gjennomgang av loven generelt og bestemmelsen i § 9 spesielt.

23. Siden aal. § 9s nåværende form ble foreslått av departementet og avvek fra så vel tidligere lov og utvalgets forslag, vil Ot.prp. nr. 48 (1962–63) være det mest sentrale forarbeidet. Bestemmelsen bygger imidlertid i en viss grad på utvalgets forslag til § 9 om «utsatt og betinget erverv», så det vil også kunne være aktuelt å se hen til utvalgets begrunnelse for denne bestemmelsen – i alle fall i den grad forslaget ble videreført i den vedtatte lov.

24. Reglene om utsatt arveavgift når arvelater har bestemt at mottakeren først skal få rådighet over arven på et senere tidspunkt, er særlig begrunnet ut fra skatteevnebetraktninger og tanken om at arvingen ikke skal måtte legge ut avgift for en arv han ikke har rådighet over. I utgangspunktet var således hensikten at § 9 skal være en regel som anvendes *i arvingens interesse*, se tilsvarende Harboe «Arveavgift» 2. utg. (2000) side 141.

I de tilfeller hvor rådighetservervet virkelig er bestemt utsatt, vil også dette formålet slå til. Dersom arvelater eksempelvis har bestemt at arvingen først skal råde over arven når han oppnår en viss alder, vil skatteevnebetraktninger tilsi at han ikke skal måtte betale arveavgift før alderen er oppnådd og arven kan mottas. Dette er også de tilfeller hvor bestemmelsen er ment å komme til anvendelse, jf. referatene ovenfor fra Ot.prp. nr. 48 (1962–63) side 11 og side 14.

25. Det som forandrer bildet i denne situasjonen er at verdsettelsen også utsettes, med den konsekvens at arveavgiftsgrunnlaget øker. Dette har sammenheng med at verdsettelsen av As arv ellers ville vært gjort med fradrag for verdien av Bs boret, slik regelen tidligere var for gavetilfellene, jf. Rt. 1954 side 396. Ved å utsette arveavgiftsplikten og verdsettelsen til etter at Bs boret har bortfalt, øker arveavgiftsgrunnlaget ved at fradraget bortfaller.

26. Avgiftsmyndighetenes anvendelse av reglene om utsatt avgiftsplikt i tilfeller som dette, må således antas å skje *i strid med arvingens interesse* og kan derved synes å skje i konflikt med dette tilsynelatende grunnleggende formål bak bestemmelsen.

27. SKD har i svarbrevet hit 9. desember 2003 også fremhevet hensynet til *skatteevnen*:

«Direktoratet mener at hensynet til «skatteevne» har vært sentralt ved utformingen av regelen om utsatt rådighetserverv, [...]»

Skatteevnehensynet har vært sentralt ved utformingen av aal. § 9, men da kun for de tilfeller hvor arvingen ikke får rådighet over verdiene. Slik jeg forstår SKD synes imidlertid det avgjørende å være at arvingen av eiendomsretten en gang i fremtiden også vil få boretten/ full bruksrett over eiendommen, og at han i så fall ikke ville betalt arveavgift for denne. Tanken synes således å være at arvingen en gang i fremtiden vil få bedret sin skatteevne, uten at dette har kommet til avgiftsberegning.

Jeg ser at dette er én måte å betrakte skatteevnehensynet på, men det er ikke den eneste. Et alternativ til å legge vekt på at arvets verdi vil øke frem til bruksretten til slutt bortfaller og arvets fulle verdipotensial har materialisert seg, er å se hen til arvets verdi ved arvefallet. Skatteevnen kan således også vurderes ut fra nåverdien av de eierbeføyelser A fikk ved arvefallet. Slik jeg leser arveavgiftslovens forarbeider, synes i alle fall SKDs anførsel om at avgiftsmyndighetenes måte å betrakte skatteevnehensynet på har vært sentrale ved utformingen av regelen, ikke å være helt treffende. Snarere tvert om synes lovgivers forutsetning, slik disse har kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 48 (1962–63), jf. referatene ovenfor, å vise at slike forventede fremtidige verdøkninger ikke skal tillegges vekt i andre tilfeller enn når giver selv har beholdt det vesentlige av rådigheten, ei heller i inntektsnytertilfellene.

28. Som vist til tidligere drøftes inntektsnytertilfellene i Ot.prp. nr. 48 (1962–63) på side 9–10. Departementet fremhevet den gang også at *administrative hensyn* talte imot utvalgets forslag om at en eventuell inntektsnytelsesforpliktelse skal medføre utsatt rådighetsverv. Det er vist til at forslaget vil medføre at antallet avgiftssaker som må holdes under observasjon hos skattefogden, vil kunne bli stort og verdsettelsesprosessen komplisert. Dette hensynet – som er tillagt vekt ved utformingen av regelen – må også vektlegges ved fortolkningen av bestemmelsen og taler – så vidt jeg kan se – således imot avgiftsmyndighetenes resultat.

29. Videre er det i Ot.prp. nr. 48 (1962–63) uttalt at formålet med å gå bort fra regelen om utsatt arveavgift i inntektsnytertilfellene også er «å unngå at inntektsnytertilfellene skal falle i flere uensartede grupper som krever forskjellige regler og unntaksregler [...]». Unntaksreglene det siktes til antas å være utvalgets forslag om at verdsettelsen likevel skulle finne sted på det vanlige tidspunktet, utv § 13, 5. ledd, de tilfeller hvor pensjonen overstiger kapitalavkastningen, jf. utv § 20 siste ledd, samt de øvrige grensedragninger og unntaksregler som nødvendigjøres. At avgiftsmyndighetens fortolkning av aal. § 9 likevel medfører slike konsekvenser, illustreres bl.a. av Harboe som på sidene 138–141 i «Arveavgift» 2. utg. (2000), søker å trekke grensene mellom hvilke inntektsnytelser som skal – og de som ikke skal – medføre utsatt arveavgift

30. SKD har i svarbrevet hit 9. desember 2003 også fremhevet de *provenymessige* hensyn:

«Direktoratet mener at hensynet til «skatteevne» har vært sentralt ved utformingen av regelen om utsatt rådighetsverv, men også det provenymessige er presisert.»

Jeg kan imidlertid ikke se at provenymessige hensyn er presisert i Ot.prp. nr. 48 (1962–63) eller i utvalgets innstilling 30. oktober 1958 i forhold til utformingen av regelen om utsatt arveavgift. Derimot synes hensynet til arvinger som ikke har fått tilgang til de midler de skal betale avgift for, å ha vært det sentrale ved utformingen av regelen.

31. Selv om de provenymessige hensyn ikke kan sees presisert ved utformingen av de gjeldende bestemmelser om utsatt arveavgift, er provenyhensynet – naturlig nok – hovedbegrunnelsen bak hele arveavgiftsloven. Det må derfor også sees hen til dette ved fortolkningen av aal. § 9. Dette illustreres blant annet av at det provenymessige hensyn er sentralt ved utformingen av det særskilte oppfyllestidspunkt i § 2 tredje ledd, som det kan være naturlig å trekke paralleller til. Hovedformålet med § 2 tredje ledd var å unngå den relativt utbredte praksis som forelå etter loven av 1905, hvoretter arveavgiftsgrunnlaget ble *reduisert* når gaven ble overført arvingene påheftet pensjonsforpliktelser overfor giver. Jeg minner om at Høyesterett i 1954 fastslo at det i slike tilfeller skulle gis fradrag for kapitalverdien av pensjonsforpliktelsen, uten at den fradratte verdi kom til avgiftsberegning på noe senere tidspunkt. Generasjonsskifter kunne derved gjennomføres uten at hele gjenstandens verdi ble gjenstand for avgiftsberegning. Departementet fremhevet at en målsetting ved lovrevisjonen var å unngå «de misbruk og utvekster» som man hadde sett utvikle seg, jf. Ot.prp. nr. 48 (1962–63) side 10. Det legges således til grunn at aal. § 2 tredje ledd ble utformet for å unngå at arveavgiftsgrunnlaget ble *reduisert* gjennom fradragsretten for inntektsnytelser. Slik jeg ser det, kunne det talt imot at mottaker skulle få fradrag for inntektsnytelser dersom det hadde medført en reduksjon i det samlede arveavgiftsgrunnlag. Det er imidlertid ikke mulig å redusere det samlede arveavgiftsgrunnlaget gjennom fordeling av eierbeføyelsene til flere mottakere. De fortolkningsalternativer som vi her står overfor, innebærer kun to alternativer: om det samlede avgiftsgrunnlag skal forbli uforandret, eller om det skal økes med inntil det doble, som følge av arvelaters fordeling.

32. Slik jeg ser det, er det ingen spor i forarbeidene til aal. § 9 – eller i arveavgiftslovens øvrige regler – som taler for at myndighetene skal få *økt* proveny på grunn av en fordeling av arvets eierbeføyelser. Videre synes det klart at misbruksproblemet – gjennom reduksjonen av arveavgiftsgrunnlaget – som lovgiver var opptatt av i forbindelse med aal. § 2 tredje ledd, ikke er aktuelt i disse tilfeller. Det blir på denne bakgrunn vanskelig å legge nevneverdig vekt på at en alminnelig fortolkning av bestemmelsen vil frata myndighetene en helt særegen

anledning til å øke det samlede arveavgiftsgrunnlaget med inntil det doble av verdiene arvelater etterlot seg.

33. Det er etter dette heller ikke avgjørende støtte i formålsbetraktninger for å legge avgiftsmyndighetenes forståelse til grunn.

34. Det fremgår av redegjørelsen ovenfor at lovgiver i relativt stor grad la vekt på rimelighetsbetraktninger, administrative og andre *reelle hensyn* da lovforslaget om å utsette arveavgiften i inntektsnytelsestilfellene ble forkastet. Når det i tillegg er naturlig å forstå lovteksten på samme måte, hvilket også langt på vei har støtte i formålsbetraktninger, er det vanskelig å se at arveavgiftsmyndighetene kan opprettholde den forvaltningspraksis som de har opplyst at foreligger. Jeg vil derfor knytte noen kommentarer til hvorledes de reelle hensyn som er vektlagt i forarbeidene gjør seg gjeldende i denne saken.

35. For det første innebærer avgiftsmyndighetens fortolkning at det etableres en – meg bekjent – noe særegen situasjon ved at arvelaters fordeling i testament av det han etterlater seg medfører at samlet arveavgiftsgrunnlag *øker*. Det er meget som taler for at det er lovgiver som eventuelt må beslutte at én situasjonstype skal behandles så vidt annerledes fra alle andre, og det synes ikke uproblematisk at en slik regel og tilknyttet forvaltningspraksis er etablert gjennom en nokså spesiell og kanskje utvidende fortolkning av en lovbestemmelse. I og med at arvefordelingen neppe kan anses illojal i forhold til avgiftsreglene, da den ikke åpner for noen mulighet for å *reducere* arveavgiftsgrunnlaget, er det vanskelig å se det annerledes enn at en slik særbehandling som avgiftsmyndighetens syn her medfører bør ha en nokså klar forankring helst i lovtekst eller i alle fall i lovtekst og forarbeider sammen.

36. I forarbeidene ble det fremhevet at man ikke ønsket utsatt arveavgift i inntektsnytertilfellene, bl.a. under henvisning til at det var uheldig at inntektsnytertilfellene derved ville falle i flere uensartede grupper som krever forskjellige regler og unntaksregler. Av de grensedragninger som trekkes og unntaksregler som beskrives i teorien, jf. eksempelvis Harboe «Arveavgift» 2. utg. (2000) side 135–144 og Hellevik «Arveavgiftsloven» 4. utg. (1998) side 107–110, vil jeg knytte noen merknader til enkelte spørsmål som synes noe uklare i nærværende sak.

37. Det antas at det bl.a. skal sondres mellom varige og midlertidige bruksretter. I teorien er det tatt til orde for at denne grensen bl.a. skal trekkes etter hvorvidt det er grunn til å tro at eiendomsrettsmottakeren vil få bruksretten på et senere tidspunkt, herunder om han vil overleve bruksrettighetshaveren, se Harboe s. 138. Det er imidlertid vanskelig å se hvorledes en slik grensedragning kan trekkes i denne saken og formentlig mange lignende saker uten at den baseres på relativt spekulative hypoteser. Faren for at vurderingen vil kunne virke urimelig eller støtende på arvingene, synes også nærliggende.

38. Det antas videre å være avgjørende om bruksrettighetsmottakeren får mindre enn den «vesentlige» rådighet over eiendommen. Jeg ser at en slik grense kan være nærliggende for å skille de tilfeller som omfattes av § 2 tredje ledd for å unngå at arveavgiftsgrunnlaget pulveriseres, men jeg har større vansker med å se at det er tilstrekkelige reelle grunner til at en slik grense skal være avgjørende for om det samlede avgiftsgrunnlaget skal kunne *økes* – med inntil det doble. I praksis vil riktignok totale og eksklusive bruksretter som regel ikke by på problemer å bedømme. Annerledes kan det stille seg hvis bruksretten ikke er eksklusiv eller – som her – ikke er total. Avgiftsmyndighetens fortolkning synes således å nødvendiggjøre en grensedragning som undertiden kan bli vanskelig, relativt skjønnspreget og som vil kunne gi tilfeldige eller uforutsigbare utslag.

39. Etter min oppfatning er neppe de reelle forskjellene mellom de heftelsene det må trekkes en grense mellom, av en art som kan forsvare de vesentlige arveavgiftsmessige forskjeller det medfører.

40. Som SKD har fremhevet i brevet hit 9. desember 2003, synes avgiftsmyndighetenes standpunkt å ha støtte i *juridisk teori*, jf. Harboe «Arveavgift» 2. utg. (2000) side 133 flg. og Hellevik «Arveavgiftsloven» 4. utg. (1998) side 108 og 109. Jeg har imidlertid ikke funnet å kunne legge avgjørende vekt på dette, og vil i det følgende begrunne dette nærmere.

Fra Harboe siteres fra side 135:

«Det er tilstrekkelig at rådighetservervet skal anses inntrådt at mottakeren erverver den etter forholdene vesentlige rådighet over midlene. Dette følger *direkte* av § 2 tredje ledds første punktum *for gaver*, og synspunktet må formodentlig også legges til grunn ved arv». [mine kursiveringer]

Hellevik skriver på side 108:

«Utgangspunktet må være at mottakeren har ervervet «de etter forholdene vesentlige rådighet». Dette følger *direkte* av § 2 tredje ledds første punktum *for gaver*, og må trolig også legges til grunn ved arv, jfr. Harboe: Arveavgift side 128». [mine kursiveringer]

41. Det følger av redegjørelsen ovenfor at § 2 tredje ledd ikke kan sees å regulere *alle* gavetilfellene. Bestemmelsen gjelder kun når giveren *selv beholder* den vesentlige rådigheten og omfatter ikke de tilfeller hvor eierbeføyelsene *fordeles* mellom flere gavemottakere. Jeg deler således ikke fullt ut denne forutsetningen som teorien synes å bygge på.

Det er riktig at bestemmelsen har den *konsekvens* at mottakeren av slike gaver (hvor giveren har beholdt den vesentlige rådigheten) ikke skal anses for å ha fått rådigheten over gaven før gaven anses ytet. Men det er ikke helt treffende å hevde at aal. § 2 tredje ledd «direkte» regulerer rådighetservervet, da bestemmelsen direkte regulerer ytelsestidspunktet.

Rådighetservervet reguleres derimot av aal. § 9 første ledd bokstav d). Som nevnt, ga lovgiver uttrykkelig uttrykk for distinksjonen mellom ytelsestidspunktet og rådighetservervet i forarbeidene, og at det da ble forutsatt at tidspunktene kunne variere. Selv om denne nyansen har begrensede praktiske konsekvenser for de tilfeller som er omfattet av § 2 tredje ledd, har den betydning for i hvilken grad bestemmelsen kan sies å ha en slik overføringsverdi som teorien synes å legge til grunn.

42. Det følger av dette at jeg er skeptisk til teoriens grunnleggende premisser for den etterfølgende formodning om at «tilsvarende» skal gjelde for arv.

43. Videre kan det ikke sees at Harboe eller Hellevik drøfter nærmere de reelle og/eller rettskildemessige forskjeller som er mellom de tilfeller hvor giver beholder den vesentlige rådighet selv, og de tilfeller hvor eierbeføyelsene blir fordelt mellom flere arvinger/gavemottakere. Teoriens antagelser – om at «tilsvarende» trolig/formodentlig også må legges til grunn ved arv – står så vidt jeg kan se i en viss kontrast til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1954 side 396. Spørsmålet Høyesterett hadde til behandling var det motsatte av det foreliggende: hvorvidt 1905-lovens § 4 – som gjaldt når arven var beheftet med en inntektsnytelse – kunne anvendes i gavetilfellene hvor giveren forbeholdt seg en inntektsnytelse, i saken en årlig pengeutbetaling (pensjon). Høyesterett besvarte som tidligere nevnt spørsmålet negativt, og la den gang bl.a. vesentlig vekt på at ordlyden ikke rammet gavetilfellene hvor giveren forbeholdt seg en pensjonsrett, samt at det er en «vesentlig forskjell mellom de to grupper av tilfeller» (s. 398). I og med at de reelle forskjeller formodentlig er de samme i dag, er det naturlig å anta at hensynet gjør seg gjeldende i samme grad her. Teoriens antagelser synes således noe vanskelig å forene med Høyesteretts premisser i Rt. 1954 side 396.

Nærværende sak er for så vidt også egnet til å illustre at de reelle forskjellene også medfører at heller ikke konsekvensen blir «tilsvarende», slik teorien kan synes å mene. I tillegg til de forskjeller som er beskrevet ovenfor, viser saken at dersom mottakeren av eiendomsretten velger å utløse bruksretten, så blir virkningene helt forskjellige. Gavemottakeren som velger å utløse *giverens* bruksrett, vil formentlig få sin gave verdsatt ut ifra eiendommens verdi med fradrag for utløsningssummen. Dette i motsetning til hvorledes avgiftsmyndighetene – med utgangspunkt i aal. § 9 – har behandlet vederlaget A betalte for å utløse *en annen arvinges* rett til å bebo huset.

44. Jeg finner bl.a. på denne bakgrunn ikke å kunne legge avgjørende vekt på den støtte avgiftsmyndighetenes fortolkning av aal. § 9 synes å ha i juridisk teori.

45. SKD har videre begrunnet resultatet i *forvaltningspraksis*, som opplyses å være lang. Det er ikke fremlagt noen eksempler på denne praksisen eller re-

degjort nærmere for hvor lang eller hvor omfattende den har vært. I brevet hit 9. desember 2003, er det likevel opplyst at det er «mindre vanlig» at eiendomsbeføyelsene fordeles i testamentet enn at givere selv beholder bruksretten.

46. En slik forvaltningspraksis må uansett veies opp mot de øvrige rettskilder og argumenter som her synes å tale imot å godta en slik praksis, jf. foran. Uavhengig av forvaltningspraksisens omfang kan den vanskelig sies å kunne gi et tilstrekkelig rettslig grunnlag for en nokså særegen og kanskje utvidende anvendelse av aal. § 9 til borgernes ugunst. Det vises i denne forbindelse til Høyesteretts enstemmige avgjørelse gjengitt i Rt. 2003 side 1821, som bl.a. uttaler følgende om vekten av forvaltningspraksis i en sak om merverdiavgift:

«Det er riktig at det i forvaltningspraksis har vært operert med et skille mellom primær og sekundær bruk, og at det i flere vedtak av avgiftsmyndighetene har vært lagt til grunn at det ikke foreligger fradragsrett dersom den primære bruken av varen eller tjenesten er i avgiftsfri virksomhet. Da en slik tolking av merverdiavgiftsloven § 21 representerer en klart innskrenkende fortolkning til borgernes ugunst, kan imidlertid den foreliggende forvaltningspraksis ikke tillegges nevneverdig vekt».

Også i Høyesteretts avgjørelse i en arveavgifts-sak inntatt i Rt. 2002 side 1322 ble ordlyden ut fra en tilsvarende betraktning, vektlagt fremfor forvaltningspraksis. Uten at det er avgjørende for mitt syn, er det grunn til å bemerke at den forvaltningspraksis Høyesterett overprøvde i Rt. 2002 side 1322, synes å ha noe sterkere støtte i de øvrige rettskilder enn hva tilfellet er i denne sak.

47. SKD har i svarbrevet hit 9. desember 2003 også henvist til det foreliggende *forslag til ny arveavgiftslov*, NOU 2000:8, og den der foreslåtte § 4–1 som regulerer når avgiftsplikten inntreffer. Selv om et lovforslag ikke antas å kunne få avgjørende eller særlig betydning for fortolkningen av den någjeldende bestemmelse, vil jeg likevel knytte noen bemerkninger til forslaget. I den foreslåtte § 4–1 annet ledd heter det innledningsvis:

«Hvor ikke annet følger av arvelaters eller givers bestemmelser [...]»

I samme ledd heter det i bokstav c:

«Ved gaver: Når giveren med endelig virkning har gitt fra seg det vesentlige av både den rettslige disposisjonsrett over og retten til avkastningen, herunder bruken, av gavegjenstanden»

Dette nye forslaget gjelder etter sin ordlyd således kun gaver, og fremstår så vidt skjønnes som en videreføring av dagens bestemmelse. Endringen synes primært å være av strukturell art, ved at man går bort fra å regulere ytelsestidspunktet i én bestem-

melse og rådighetservervet i en annen, og over til direkte å regulere rådighetservervet. Vurderingskriteriet – i hvilken grad giver har *beholdt* rådigheten – er ikke foreslått endret. I kommentarene til bestemmelsen er først uttalt at formuleringen antas å gjenspeile gjeldende rett. Det følger av ovennevnte at jeg er enig i det.

48. I kommentarenes neste avsnitt heter det imidlertid:

«Utvalget vil peke på at lovens definisjon er knyttet til gaveerverv, men at tilsvarende spørsmål kan oppstå ved arv hvor det i testament er bestemmelser om utsatt rådighetserverv. Det må antas at samme begrep skal legges til grunn i slike tilfeller.»

Hvis det her gis uttrykk for at rådighetservervet skal anses bestemt utsatt i alle inntektsnyertilfellene – eller eventuelt kun når en annen er tilgodesett med bruksretten – uten at det spørres om rådigheten virkelig er utsatt, vil dette, slik jeg ser det, innebære en endring. Det kan derfor ikke tillegges vekt ved fortolkningen av den någjeldende aal. § 9. Det er også grunn til å bemerke at det i så fall bør vurderes om ikke loven bør formuleres klarere for å kunne gi hjemmel for utsatt rådighetserverv og i så fall økt samlet avgiftsplikt.

49. Mitt syn kan etter dette *oppsummeres* med at så vel lovteksten i aal. § 9, forstått opp mot testamentsbestemmelsen, lovens forarbeider og bestemmelsens formål sammenholdt med reelle hensyn – herunder konsekvensbetraktninger og administrative hensyn – gjør det vanskelig å se at avgiftsmyndighetene har et tilstrekkelig klart rettslig grunnlag for konklusjonen i nærværende sak og derved for den fortolkning av aal. § 9 til arvingenes ugunst som synes å bli lagt til grunn i praksis. Verken den forvaltningspraksis som hevdes å foreligge eller den juridiske teori som synes å støtte praksisen, kan, slik jeg ser det, utgjøre et nødvendig rettslig grunnlag. Jeg synes dessuten det er vanskelig å se det slik at aal. § 2 tredje ledd om gavesituasjonen regulerer tilfellet.

Det kan på denne bakgrunn synes nærliggende om As arveavgift blir beregnet ut ifra eiendommens totale verdi, med fradrag for den verdi Bs bruksrett er beregnet til i henhold til aal. § 13. Jeg mener etter dette at det foreligger tvil om arveavgiftsvedtaket overfor A er gjort på bakgrunn av en korrekt rettsanvendelse, og ber SKD ta saken opp til ny vurdering i lys av mine merknader. Ombudsmannen ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede behandling.»

55.

Renovasjonsavgift for midlertidig fraflyttet eiendom

(Sak 2004–1596)

Ombudsmannen kunne ikke kritisere kommunen for avkrevning av renovasjonsavgift for midlertidig fraflyttet eiendom, selv om eieren betalte avgift for annen eiendom i distriktet, sml. saker inntatt i ombudsmannens årsmeldinger for 1983 s. 71 (sak 1169/82) og for 1986 s. 109 (sak 37/E/85).

I det avsluttende brev uttalte jeg:

«Jeg har sett på saken på nytt og særlig har jeg sett hen til Deres presiseringer i siste henvendelse hit. Etter det jeg kan se, er det ikke grunnlag for å iverksette nærmere undersøkelser. Jeg viser til den begrunnelsen som tidligere er gitt.

Den ombudsmannsuttalelsen De har vist til, sak 1982/1169, gjaldt forståelsen av den daværende – men nå opphevede – lov om kommunal renholdsavgift (lov 1928–06-08 nr. 1) § 1. Renovasjonsavgiften De er ilagt, har derimot hjemmel i forurensningsloven (lov 13. mars 1981 nr. 6) kap. 5. Lovendringen, blant annet i kombinasjon med annen rettsutvikling og den tiden som har gått siden 1982, innebærer at uttalelsen i sak 1982/1169 ikke lenger kan sies å gi et helt dekkende uttrykk for ombudsmannens oppfatning av gjeldende rett.

Forurensningsloven gir kommunene anledning til å etablere en tvungen renovasjonsordning. Det vil si at renovasjonsavgift kan utstedes til eierne av *alle eiendommer*, og at avgiften er knyttet opp til *tilbudet* om renovasjonstjenester – og ikke til bruken av tjenestene. Hvorvidt eieren/leieren eller andre med bruksrett til eiendommen, velger å benytte renovasjonstilbudet for eiendommen, er som utgangspunkt ikke avgjørende, såfremt eiendommen mottar et reelt tilbud. Om kommunene konsekvent avkrever avgift fra personer som også eier andre eiendommer i distriktet – og som det betales renovasjonsavgift for – vil jeg normalt ikke ha grunnlag i forurensningslovens regler for noen avgjørende rettslige innvendinger mot en slik praksis. I visse særlige tilfeller kan manglende bruk av eiendommen likevel tilsi at renovasjonsavgiftsplikten bortfaller. Det skal imidlertid en del til før avgiftsplikten bortfaller, og det er ikke tilstrekkelig at en brukbar og beboelig eiendom midlertidig er ubebodd. Annerledes kan det stille seg hvis eiendommen er revet, ikke lenger er beboelig eller av andre grunner er permanent oppgitt som bolig/feriested.

I Deres sak – hvor fritaksgrunnen hevdes å være at De fraflyttet eiendommen i september 2002, betalte renovasjonsavgift for en annen eiendom, og at renovasjonstilbudet for den fraflyttede eiendommen ikke ble benyttet før kjøper overtok den i juli 2003 – er det imidlertid ikke grunn til å tro at ytterligere un-

dersøkelser herfra kan gi grunnlag for avgjørende rettslige innvendinger fra min side mot at eiendommen ble ansett avgiftspliktig i første halvdel av 2003.»

56.

Renovasjonsavgift for hytte – begrunnelsesplikt

(Sak 2004–1061)

Saken gjaldt søknad om fritak fra tvungen renovasjonsordning i henhold til kommunal forskrift som åpnet for unntak for eiendommer som ligger mer enn 1 km fra kjørbar sommervei. Det ble også reist spørsmål om kommunens saksbehandling, særlig om kommunen hadde oppfylt begrunnelsesplikten.

Ombudsmannen kritiserte kommunens begrunnelse for avslaget, men fant ikke grunnlag for å rette rettslige innvendinger mot realitetsavgjørelsen. Det ble også uttalt at håndteringen av ombudsmannens henvendelser til kommunen burde ha vært bedre.

Evje og Hornes kommune innførte i 1994 en tvungen renovasjonsordning for hytteeiendommer. Av de kommunale renovasjonsbestemmelsene fremgår følgende unntak av punkt 4:

«Fritidsbolig som ligger mer enn 1 km i luftlinje fra kjørbar sommerveg, kan fritas fra kommunal renovasjon.»

I brev 13. oktober 2003 informerte kommunen om en omlegging av renovasjonsordningen, som bl.a. gikk ut på at hytteeierne skulle få tildelt en nøkkel til en bod for avfallslevering. Etter mottagelsen av kommunens brev, krevde A seg fritatt for avgiftsplikt. Kravet ble begrunnet med at han verken har eiendoms- eller bruksrett til den private kjørevei, og at eiendommen derfor må anses for å ligge mer enn 1 km fra kjørbar sommervei. Han viste også til at bruken av hytta ikke medførte nevneverdig avfallsproduksjon, og at hytterenasjonsordningen uansett ikke ville bli benyttet.

I administrativt vedtak ble kravet om fritak avslått med følgende begrunnelse:

«Hytten det søkes fritak for, ligger 600 m i luftlinje fra kjørbar sommerveg. I kommunens renovasjonsvedtekter – unntaksbestemmelser vedtatt i teknisk-, næring- og miljøstyret 04.05.93, sak 22/93, er kravet for fritak for fritidsboligen ligger mer enn 1 km i luftlinje fra kjørbar sommerveg. Ut fra dette kan en ikke fritta deg fra hytterenasjon»

I klage anførte A bl.a. følgende:

«I svarbrevet tas det ikke hensyn til at nevnte vei er en bomvei jeg ikke har tilgang til, noe som miljøavdelingen i fylket mener har avgjørende betydning. Det tas heller ikke hensyn til miljøvernparagrafen 34 annet ledd vedrørende differensierende avgifter for minimalisering av avfall.»

I brev fra kommunen ble A informert om at klagen var avslått. Som begrunnelse ble det vist til at eiendommen ikke tilfredsstillte bestemmelsene i regelverket om fritak for hytterenasjon da avstanden til kjørbar sommervei er 600 meter. Verken klagers opplysning om at han ikke hadde bruksrett til veien, eller anførselen om lav avfallsproduksjon, ble kommentert.

I klagen hit anførte A at det kommunale vedtaket ikke tok nødvendig hensyn til at han ikke hadde lovlig tilgang til den private veien, samt hans minimalisering av avfall.

I brev herfra ble spørsmålet om avstanden til kjørbar sommervei tatt opp med kommunen. Det ble vist til at As anførsler om at han ikke hadde lovlig tilgang til veien verken var kommentert i det opprinnelige avslaget eller i klagevedtaket, og kommunen ble bedt om å opplyse om det ved klagebehandlingen ble tatt hensyn til anførselen. Kommunen ble også bedt om å opplyse om de to vedtakene anses for å oppfylle den plikt kommunen har – etter forvaltningsloven §§ 24 og 25 og reglene om god forvaltningsskikk – til å begrunne slike avgjørelser.

I oversendelse hit vedla kommunen saksfremlegget utarbeidet i forkant av klagenemndas vedtak 13. januar 2004. I brevet hit ble ikke spørsmålene herfra besvart, men det ble vist til saksfremlegget og uttalt at «*vurderingen og begrunnelsen for vedtaket*» fremgår av det.

Kommunens svar med vedlegg ble oversendt A, som kommenterte svaret i brev hit.

I brev herfra til kommunen ble det vist til at spørsmålet om begrunnelsesplikten ikke syntes besvart, og kommunen ble på nytt anmodet om å besvare spørsmålet. Da henvendelsen forble ubesvart, ble kommunen igjen minnet om saken.

I kommunens svar het det blant annet:

«Vedtektene i saken er vurdert, begrunnet og hjemlet i tråd med den praksis og reglement kommunen har for forvaltning av egne vedtekter. Det anses derfor som både overflødig og noe ukorrekt å vurdere saken på nytt ovenfor SOM, da vi mener saken er korrekt håndtert i utgangspunktet.»

Kopi av kommunens brev ble sendt A, som kommenterte svaret i brev hit.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Klagen reiser spørsmål om A kunne kreve seg fritatt for renovasjonsavgift fordi han ikke hadde lovlig tilgang til kjørbar vei mindre enn 1 km fra fritidseiendommen. Alternativt om han hadde rett til å få fritak, eller differensiert avgift, som følge av lite avfall.

Det ble herfra funnet grunn til å undersøke kommunens anvendelse av renovasjonsvedtektenes unntaksbestemmelse punkt 4, samt om kommunens be-

grunnelse av vedtaket oppfyller kravene i forvaltningsloven §§ 24 og 25. Kravet om fritak/reduert avgift pga. minimalisering av avfall, ble det ikke funnet grunn til å undersøke nærmere. På bakgrunn av kommunens behandling av henvendelsene herfra, har jeg også funnet grunn til å kommentere kommunens oppfølging av ombudsmannens henvendelser.

Begrunnelsesplikten

2. Kommunen skrev i svarbrevet hit 5. april 2004 at kommunens «*vurdering og begrunnelse for vedtaket*» fremgår av saksutredningen som var vedlagt brevet. Vedlagt brevet fulgte «*Saksfremlegg*» utarbeidet for behandlingen i kommunens klagenemnd.

Slik saken er opplyst legger jeg til grunn at saksutredningen/saksfremlegget ikke ble oversendt A – verken i forkant av klagenemndas behandling eller sammen med meddelelsen om klagenemndas vedtak.

3. Kommunens svar gir ingen avklaring på om kommunen er innforstått med hvilke krav forvaltningsloven §§ 24 og 25 stiller til begrunnelse av vedtak. Begrunnelsesplikten står på egne ben og må ikke sammenblandes med opplysningsplikten som stiller krav om at avgjørelsesgrunnlaget skal være fullstendig. Heller ikke må begrunnelsesplikten blandes sammen med kravet om at de vurderinger og overveielser som vedtaket bygger på skal være forsvarlige. Begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven § 24 og § 25 gjelder den (skriftlige) informasjonen som parten har krav på når vedtak er fattet. Saksutredningen/saksfremlegget som ble oversendt hit i kopi med brevet 5. april 2004 er etter det opplyste ikke tidligere forelagt A. Dette saksfremlegget oppfyller derfor ikke kravet til begrunnelse i forvaltningslovens forstand.

4. Forvaltningens plikt til å begrunne vedtak i henhold til forvaltningsloven skal blant annet sikre at parten får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå hvorfor forvaltningen ikke etterkommer hans ønske/krav. Dette er viktig av hensyn til parten selv, men også ansett nødvendig for å ivareta forvaltningens legitimitet og publikums tillit til forvaltningen.

I forvaltningsloven § 25 første ledd annet punktum heter det:

«I den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene, eller den problemstilling vedtaket bygger på.»

5. A har – så vidt forstås – anført to grunnlag for sitt krav om fritak: mer enn 1 km til nærmeste kjørbare vei som han har tillatelse til å benytte, samt lite/intet avfall. Ingen av grunnlagene er kommentert i kommunens korrespondanse med A, verken i vedtaket 7. november 2003 eller i forbindelse med meddelelsen om klagevedtaket 14. januar 2004. Noen

nærmere forklaring på hvorfor anførselene ikke førte frem, har A således ikke fått.

Dette er uheldig. Kommunen burde, og kunne med enkelhet, meddelt A hvorfor den likevel tok hensyn til den private veien, samt hvorfor den påberopte avfallsminimaliseringen ikke gir grunnlag for fritak. Etter min oppfatning har kommunen således brutt den plikten som følger av forvaltningsloven §§ 24 og 25 til å begrunne enkelvedtak, hvilket gir grunnlag for kritikk.

6. Når det gjelder spørsmålet som er tatt opp herfra – om manglende privatrettslig adgang til privat vei gir grunnlag for fritak fra renovasjonsavgiften etter renovasjonsvedtektene punkt 4 – har kommunen sendt meg kopi av saksfremlegget hvor vurderingene vedtaket bygger på fremkommer. Jeg har på den bakgrunn ikke funnet grunnlag for noen avgjørende rettslige innsigelser mot avgjørelsen, jf. nedenfor. Slik saken er opplyst gir den heller ikke holdepunkter for å anta at kommunens manglende oppfyllelse av begrunnelsesplikten har innvirket på vedtakets innhold, og jeg finner det da heller ikke nødvendig å be kommunen ta As sak opp til ny behandling.

7. På bakgrunn av undersøkelsene herfra, synes det imidlertid tvilsomt om kommunen er fullt ut innforstått med begrunnelsespliktens omfang og innhold, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25. Kommunen har også opplyst at denne saken er begrunnet «*i tråd med den praksis*» kommunen har i slike saker. Det kan således synes som om kommunens rutiner for begrunnelse av enkeltvedtak ikke tilfredsstillende forvaltningslovens krav. Jeg ber derfor kommunen om å gjennomgå sine rutiner for når vedtak skal begrunnes, hva begrunnelsen skal inneholde og hvorledes begrunnelsen skal meddeles parten. Samtidig bes kommunen iverksette nødvendige tiltak for sikre at vedtak for fremtiden begrunnes i samsvar med de krav som stilles i forvaltningsloven. Jeg ber kommunen om å holde meg orientert om hvilke tiltak som iverksettes.

Fritak for renovasjonsavgift når avstand til kjørbare sommervei er mer enn 1 km

8. Kommunen har i renovasjonsvedtektene bestemt at man kan fritas for renovasjonsavgift hvis fritids-eiendommen ligger mer enn 1 km fra «kjørbare sommerveg». Undersøkelsene herfra tok utgangspunkt i klagers opplysning om at han ikke har lovlig tilgang til den aktuelle sommerveien. Spørsmålet var derfor om veien kan anses «kjørbare» for personer som ikke har privatrettslig tilgang til veien.

I saksfremlegget for klagenemnda går det frem at flere har anført manglende veirett som fritaksgrunn helt siden innføringen av hytterrenovasjon i 1994. Kommunen har konsekvent avslått slike krav bl.a. som følge av at det er vanskelig for kommunen å kontrollere hvem som har veirett.

9. Kommunens unntaksbestemmelse i renova-

sjonsvedtektene punkt 4 åpner i større utstrekning enn forurensningslovens generelle regler for å unnta fritidseiendommer fra en tvungen renovasjonsordning. En eventuell rettslig overprøving av kommunens forståelse/praktisering av vedtektene, vil derfor normalt forutsette at det foreligger relativt sterke mothensyn. Særlig vil det kunne bli aktuelt hvis kommunens forståelse/praktisering synes å bryte med generelle forvaltningsrettslige prinsipper, så som forbudet mot usaklig forskjellsbehandling eller vilkårlig myndighetsutøvelse.

På bakgrunn av saksdokumentene har jeg ikke grunnlag for å anta annet enn at kommunen konsekvent har avslått krav om fritak for renovasjonsavgift på grunn av manglende veirett. Jeg kan også se at kommunen kan ha et legitimt behov for å praktisere regelverket slik at administrasjonen slipper å etterprøve og kontrollere underliggende privatrettslige veirettsspørsmål.

10. Slik saken er opplyst, gir den ikke grunnlag for noen avgjørende rettslige innvendinger mot at kommunen ikke anser manglende privatrettslig adgang til en privat vei som fritaksgrunn.

Kommunens håndtering av henvendelsene fra ombudsmannens kontor

11. Ombudsmannens oppgave er å påse at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger, jf. ombudsmannsloven § 3. Denne kontrollfunksjonen ivaretas blant annet gjennom undersøkelser fra ombudsmannens kontor. Som et ledd i undersøkelsene gir ombudsmannen forvaltningen anledning til å uttale seg om de forhold som undersøkes, se bl.a. instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 6. Forvaltningen plikter å gi ombudsmannen de opplysninger som etterspørres i anledning ombudsmannens undersøkelser, jf. ombudsmannsloven § 7 og instruksen § 6. Stortinget har videre forutsatt at forvaltningen skal prioritere ombudsmannens henvendelser. Det er viktig, både av hensyn til tilliten til forvaltningen og ombudsmannen, at forvaltningen følger opp henvendelsene fra ombudsmannen.

12. Kommunen ble i brev herfra 1. mars 2004 bl.a. bedt om å opplyse i hvilken grad kommunen mente vedtakene i denne saken oppfyller kommunens begrunnelsesplikt etter forvaltningsloven. I kommunens første svarbrev hit 5. april 2004 ble ikke spørsmålet besvart, og kommunen fikk den første påminnelsen i brev herfra 3. mai 2004. Da kommunen fortsatt verken besvarte forespørselen – eller informerte om når svar kunne forventes – ble det igjen minnet om saken i brev herfra 6. juli 2004. I kommunens brev 19. juli 2004 ble forsinkelsen beklaget og bl.a. begrunnet med arbeidspress, vikarer og at det «for tiden [er] ferieavvikling». Svar ble lovet medio august 2004.

I brev 16. august 2004 kommenterte kommunen spørsmålet. Kommunen skrev at «*det anses [...] både overflødig og noe ukorrekt å vurdere saken på nytt overfor SOM, da vi mener saken er korrekt håndtert i utgangspunktet*».

13. Det er uheldig at det gikk nesten et halvt år før kommunen kommenterte spørsmålet om begrunnelsesplikten. Sett i lys av at spørsmålet neppe var meget arbeidskrevende å besvare, samt at kommunen ikke på eget initiativ har gitt noen meddelelse om forsinkelsen, gir det inntrykk av at kommunen har latt være å imøtekomme ombudsmannens anmodning om å bidra til å opplyse saken for hans undersøkelser. Dette inntrykket forsterkes ytterligere når kommunen etter annen gangs purring bl.a. begrunner manglende svar med ferieavvikling, jf. kommunens brev 19. juli 2004. Ferieavvikling kan ikke begrunne at kommunen unnlot å svare på dette punktet i brevet herfra 1. mars 2004 eller på påminnelsen 3. mai 2004.

Da spørsmålet til slutt ble kommentert – nærme et halvt år etter at spørsmålet første gang ble stilt – ble det imidlertid ikke besvart. Unnlåtelsen av å besvare spørsmålet begrunnet kommunen med at den anså det «*overflødig og noe ukorrekt*».

14. Kommunen må i utgangspunktet selv vurdere hvilke opplysninger ombudsmannen trenger for å kunne utføre sitt verv, jf. ombudsmannsloven § 7. Når imidlertid ombudsmannen selv konkret har tilkjennegett hva det ønskes svar på, må kommunen og dens tjenestemenn være forpliktet til å svare. Ombudsmannsloven § 7 sier at ombudsmannen «kan kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv». Det er da ikke opp til kommunen å avgjøre hva som er nødvendig for at ombudsmannen skal kunne utføre sin oppgave. I lys av dette er det lite treffende å si at det vil være «ukorrekt» å besvare spørsmålene fra ombudsmannen. Kommunens manglende prioritering av henvendelsene og unnlåtelse av å besvare spørsmålet innebærer således et klart brudd på kommunens plikter i forhold til ombudsmannsordningen.

Håndteringen av henvendelsene herfra gjør det nødvendig å be kommunen gjennomgå – og forbedre – rutineene for hvorledes henvendelser fra ombudsmannens kontor skal håndteres. Kommunen bes også om å iverksette nødvendige tiltak for å sikre at slike saker for fremtiden blir behandlet som forutsatt. Jeg ber også om å bli holdt orientert om hvilke tiltak kommunen vil iverksette i denne anledning.»

Sakskostnader, erstatning og renter

57.

Saksomkostningskrav etter varsel om politianmeldelse og erstatningsansvar for manglende forskuddstrekk overfor styreleder i familiebarnehage

(Sak 2004–1515)

Kemnerkontoret sendte varsel om politianmeldelse og et betydelig erstatningskrav til styreleder i familiedrevet barnehage for manglende avsetning og innbetaling av forskuddstrekk. Styreleder kontaktet advokat som bestred straffe- og erstatningsansvaret. Kemnerkontoret anmeldte styrelederen og erstatningskravet ble opprettholdt. Etter politiets henleggelse av straffesaken frafalt kemnerkontoret erstatningskravet. Styreleders påfølgende krav på dekning av saksomkostninger ble avslått av kemnerkontoret.

Ombudsmannen uttalte at kemnerkontoret neppe hadde oppfylt kravene til god forvaltningsskikk slik varselet var formulert og fulgt opp i ettertid, samt at saksbehandlingen i forkant heller ikke syntes fullt ut forsvarlig. Han anså det naturlig og forståelig at styreleder i denne saken hadde funnet det nødvendig å søke advokatbistand, og anbefalte at kemnerkontoret dekket styreleders nødvendige sakskostnader. Anbefalingen om å dekke sakskostnader ble gjort på bakgrunn av sakskostnadsregelen i forvaltningsloven § 36, erstatningsrettslige synsmåter og krav til forsvarlig saksbehandling og ut fra billighetshensyn. Kemnerkontoret ble bedt om å ta saken opp til ny behandling.

Nødvendige sakskostnader ble etter dette dekket av kommunen.

A klaget hit 2. mai 2003 over Oslo kemnerkontors (KEM) avslag 26. november 2002 på krav om sakskostninger. Klagen ble innsendt på hennes vegne av advokat B.

A var styreleder i barnehagen X frem til 1. juli 1999, hvoretter hun påtok seg styreleder vervet i den sammenslåtte barnehagen Y til denne begjærte oppbud 20. oktober 1999.

I henhold til vedtektene i X var barnehagen drevet som en forening som bygget sin virksomhet på ideelle formål. Barnehagen ble ikke drevet etter forretningsmessige motiver og medlemmene hadde ikke krav på utbytte eller annen overskuddsdeling ved et eventuelt overskudd knyttet til driften. Det er videre opplyst at barnehagen opprinnelig ble etablert i forbindelse med nedleggingen av en rekke kommunale barnehager, i den hensikt å kunne tilby nødvendige barnehageplasser til medlemmene.

Barnehagen hadde ansatt en styrer med ansvar for den daglige drift, herunder å forestå lønnsutbetalinger. Lønnsutbetalingene ble foretatt på bakgrunn av banklister utarbeidet av regnskapsfører. I forbin-

delse med lønnsutbetalingene i perioden januar til juni i 1999 overstrøk styrer avsetningene til forskuddstrekkkontoen for skatt og utbetalte nettolønn til de ansatte. Da barnehagen begjærte oppbud var det ikke midler til betaling av skyldig forskuddstrekk, og skattemyndighetene hadde et udekket krav ved barnehagens konkurs.

29. januar 2002 sendte KEM varsel til A om politianmeldelse og erstatningskrav for manglende innbetaling av forskuddstrekk. Det fremgikk at barnehagens udekkede skattetrekkskrav for 1. til 3. termin 1999 var på kr 205 439. Varselet hitsettes i sin helhet:

«**VARSEL OM POLITIANMELDELSE**
ARBEIDSGIVERS NAVN: Y BARNEHAGE

Ved gjennomgåelse av arbeidsgivers konto viser det seg at følgende skattetrekk står udekket:

1999 forskuddstrekk 1, 2 og 3 termin
kr 205 439,-

Arbeidsgiver plikter til å foreta forskuddstrekk og påleggstrekk, skille ut skattetrekket som påkrevet i skattebetalingsloven § 11 nr. 4 samt å gi oppgjør for slikt trekk etter reglene i skattebetalingsloven eller forskrifter gitt med hjemmel i loven.

Unnlatelse av å gi oppgjør for foretatt forskuddstrekk kan straffes som underslag (straffelovens §§ 255–256) eller som overtredelse av skattebetalingsloven § 52. Er pliktig skattetrekk ikke foretatt etter skattebetalingslovens regler, kan forholdet straffes etter skattebetalingsloven § 51.

Arbeidsgivers bo er tatt under skifterettens behandling som konkursbo. Boet ble sluttet 31. august 2000 med dividende 0,908 % til fortrinnsberettigede fordringer klasse 1.

Som styrets leder av virksomheten anses De strafferettslig og økonomisk ansvarlig for manglende gjennomføring og oppgjør for skattetrekket. Man overveier å anmelde forholdet til påtalemyndighetene og ber om Deres uttalelse innen 8 dager.

Kemnerkontoret kan i forbindelse med anmeldelsen også gjøre et sivilrettslig erstatningskrav gjeldende og begjære dette pådømt i straffesaken. Velger påtalemyndighetene å ikke fremme erstatningskravet i forbindelse med straffesaken, kan Kemnerkontoret selv reise sivilt erstatningssøksmål. En vil for øvrig gjøre oppmerksom på at en eventuell vedtagelse av forelegg og betaling av bot i straffesaken, ikke har betydning for den sivilrettslige side av saken.

Eventuell henvendelse bes rettet til vår ekspedisjon i 2 etg. Olav V's gt. 4, eller til undertegnede på telefon (...).»

A kontaktet advokat B, som i brev 7. februar 2002 bestred at A var strafferettslig og økonomisk ansvarlig for den manglende innbetalingen. Det ble fremhevet at slikt ansvar ikke fulgte av at hun var styreleder, men at det i tilfelle måtte foretas en konkret vurdering og baseres på konkrete ansvarsbetingende forhold. På subsidiært grunnlag ble det anført at det varslede erstatningskrav var feil utregnet.

I brev 14. februar 2002 til advokat B opprettholdt KEM standpunktet om at A var ansvarlig. Brevet lød i sin helhet:

«AD: Y BARNEHAGE – A

Vi viser til Deres brev 7. februar 2002 vedrørende varsel om politianmeldelse til A. Vi fastholder kravet om at styrets leder i Y er strafferettslig og økonomisk ansvarlig for manglende gjennomføring og oppgjør av skattetrekket for 1, 2 og 3 termin 1999 på kr 205 439. Deres brev er sendt som vedlegg til politianmeldelse sendt Oslo Politidistrikt.»

18. mars 2002 sendte KEM et påkrav til A. I påkravet var beløpet redusert til kr 124 644,-. Det ble videre varslet at erstatningssøksmål ville bli reist om ikke beløpet var innbetalt innen 2 uker.

KEM fikk, gjennom brev 22. mars 2002 fra advokat B, informasjon om at politiet 11. mars 2002 hadde henlagt saken på grunn av bevisets stilling. I advokat Bs brev ble kravet på nytt imøtegått.

Politiets meddelelse om henleggelsen, mottok KEM noen dager etter, 25. mars 2002.

KEM frafalt kravet i sin helhet i brev 29. mai 2002.

31. mai 2002 fremsatte advokat B, på vegne av A, krav om dekning av saksomkostninger. Som grunnlag for kravet ble det vist til prinsippene bak forvaltningsloven § 36 og skadeserstatningsloven § 2–1.

KEM avslo kravet 26. november 2002. A klaget 9. desember 2002. KEM avviste klagen 28. april 2003, under henvisning til at avgjørelsen ikke var et enkeltvedtak som kunne påklages.

I klagen hit 2. mai 2003 ble avslaget over saksomkostningene bestridt og ombudsmannen fant grunn til å undersøke saken nærmere.

I brev 23. juli 2003 ble Oslo kommune, Byrådsavdeling for finans og utvikling, bedt opplyst om det var rettslig adgang til å anvende prinsippet i eller bestemmelsen i forvaltningsloven § 36 analogisk i en situasjon som den foreliggende. Det ble også bedt opplyst hvilke konkrete forhold KEM bygget på da det ble lagt til grunn at A var ansvarlig, herunder om det var konkrete forhold som tilsa at A hadde medvirket til beslutningen om ikke å innbetale forskuddstrekket, eller om det var andre konkrete holdepunkter for å bebreide henne forholdet. Videre ble det bedt opplyst hvor godt saken må være opplyst og hvilke vurderinger som blir foretatt før varsel om erstatningsansvar og anmeldelse blir sendt. Avslutningsvis ble det bedt opplyst om det er vanlig at det i varselet gis uttrykk for at KEM anser vedkommende strafferettslig og økonomisk ansvarlig, og i hvilke situasjoner det er nødvendig å gi uttrykk for dette før vedkommende gis anledning til å uttale seg.

Etter at KEM hadde meddelt ombudsmannen om forsinkelser i saksbehandlingen, besvarte Byrådsav-

deling for finans og utvikling spørsmålene herfra i brev 3. november 2003. I svaret ble det vist til KEMs notat 29. oktober 2003, som var vedlagt byrådsavdelingens brev.

I KEMs notat er saksbehandlingen samt hvilke vurderinger som lå til grunn for varselet 29. januar 2002 beskrevet. Det er vist til at As ansvar synes å fremgå av barnehagens vedtekter, sammenholdt med øvrige forhold. Av øvrige forhold ble det fremhevet at A hadde kontaktet KEM for å forhandle om betalingsavtaler, at hun hadde undertegnet giroer med innbetaling av skattetrekk og at hun hadde gitt uttrykk for at hun tok – og hadde – ansvaret for barnehagens økonomi.

At erstatningskravet ble frafalt, begrunnet KEM særlig med stor prosessrisiko. Det ble vist til at det ikke ville være noen strafferettslig reaksjon å vise til, samt at sakens dokumenter var borte. Samtidig ble det opplyst at politiets henleggelse skyldtes at barnehagens styrer hadde erkjent straffeskyld for forholdet og at et mulig solidarisk ansvar for styreleder ikke var vurdert.

KEM uttalte videre at det ikke anså det som relevant å anvende forvaltningsloven § 36 analogisk i nærværende sak. Dette er blant annet begrunnet med at det i skattebetalingsloven uttrykkelig fremgår at forvaltningsloven ikke gjelder og at KEM verken hadde fattet eller endret noe enkeltvedtak. Fra notatets tredje side siteres:

«Varselet i vår sak har ikke slike reelle og inngrepene virkninger for den private part. I vår sak var en langt fra en realitetsavgjørelse da varselet ble sendt. Det å varsle et mulig erstatningsansvar har ikke direkte rettsvirkninger for den private part. Det har heller ikke en politianmeldelse.

KEM er av den oppfatning at det å varsle om et mulig erstatningsansvar og en mulig politianmeldelse må ansees som alminnelig saksbehandling, da det er påtalemyndighetene som har beslutningsmyndighet. Det å varsle om mulig ansvar var muligens ikke en gang «saksforberedelse», idet det ikke er KEM som skal ta de endelige beslutninger. Fvl. § 36 får etter sin ordlyd anvendelse når det foreligger en endring av et vedtak. Det gjør det ikke i dette tilfellet. En står overfor et varsel som i det videre ikke ble fulgt.

Under enhver omstendighet vil KEM fremholde at i forhold til de opplysninger KEM satt inne med da varselet ble sendt, var dette en relevant fremgangsmåte og saksbehandling. KEM vil påpeke at det er på det rene at det har funnet sted et brudd på forskuddsplikten i skattebetalingsloven i Y. A er nær til å avklare ansvarsforholdene i barnehagen, hva gjelder ansvar for manglende innbetaling av skattetrekk, all den tid hun var styreleder og også personlig engasjert i innbetalingen av skattetrekk.»

Det ble deretter uttalt at KEM ikke så at det var grunnlag for å etablere noe erstatningsansvar for saksomkostningene på grunn av uaktsomhet.

KEMs notat ble avsluttet med:

«KEM har på bakgrunn av denne sak og henvendelsen fra Sivilombudsmannen i sakens anledning allerede påbegynt vurderingen av hvilke formuleringer vi for fremtiden bør bruke i varsler om mulig straffe- og/eller erstatningsansvar ifm. saker om manglende innbetaling av forskuddstrekk. Utfordringen er – i den enkelte sak – å bruke slike formuleringer som – hensyntatt rettsreglene som gjelder og den konkrete saks opplysning – bidrar til at både sakens potensielt alvorlige karakter – og at det dreier seg om KEMs vurdering – dvs. ikke endelig beslutning fra bestyrelsen – fremkommer klart og tydelig for mottakeren av varselet.»

Advokat B fremsatte i brev 18. november 2003 bemerkninger til kommunens svar.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1. As saksomkostningskrav er forankret i KEMs varsel 19. januar 2002 og etterfølgende oppfølging, sammenholdt med at saken ble avsluttet ved straffesakens henleggelse og at det økonomiske kravet ble frafalt.

Saken reiser spørsmål om KEM har overholdt de krav til saksbehandlingen som gjelder ved varsel om politianmeldelse og erstatningskrav av A som styreleder i X, senere Y. Hvis ikke kravene er overholdt, blir spørsmålet om det er rettslig grunnlag for et krav om dekning av saksomkostninger.

2. Det følger av skattebetalingsloven (sktbl), lov 21. november 1952 nr. 2 § 58 at forvaltningsloven ikke gjelder i slike saker. Det er heller ingen særlige lovregler som oppstiller konkrete krav til saksbehandlingen. Likeledes er det ingen lovbestemmelser som regulerer hvorledes et varsel av den typen som her var aktuelt, skal utformes. KEMs saksbehandling, herunder varselet 29. januar 2002, må derfor vurderes opp imot de ulovfestede regler om å opptre i samsvar med god forvaltningsskikk, herunder forutsetningen om at forvaltningens saksbehandling er forsvarlig og hensynsfull. Hvilke konkrete krav som herigjennom stilles til forvaltningen, varierer. Blant annet vil sakens alvorlighetsgrad, hvor klar saken er, og As profesjonalitet samt andre forhold kunne påvirke kravene til KEMs saksbehandling.

3. I KEMs notat 29. oktober 2003 i saken her er det fremhevet at varselet ikke har reelle eller inngripende virkninger for den private part, at man var langt fra en realitetsavgjørelse da varselet ble sendt, samt at det å varsle om et mulig erstatningsansvar og en politianmeldelse ikke hadde direkte rettsvirkninger for A.

Det er riktig at varselet ikke har noen formelle rettsvirkninger for A. Likevel må det være klart at varselet inneholdt svært alvorlige beskyldninger. Det ble opplyst at KEM anså henne staffeansvarlig – med en strafferamme som åpner for en betydelig fengselsstraff – og økonomisk erstatningsansvarlig

for over 200 000 kroner. Slik jeg ser det, må forvaltningens saksbehandling, herunder utformingen av varselet, ta hensyn til at saken har en så alvorlig karakter.

4. KEMs krav om erstatning fra – og straffefølgning av – A, relateres til hennes frivillige og ulønnede styrelederverv i en barnehage som var foreldredrevet på ideelt grunnlag. Det vises til at barnehagen – etter det opplyste – ble startet i forbindelse med at kommunen nedla kommunale barnehager og at det i området var barnehagemangel. Barnehagen ble startet og drevet ut fra det formål å gi et best mulig barnehagetilbud til medlemmene, og uten at de hadde noen økonomiske interesser i driften ut over kostnadsdekning. A mottok heller ingen økonomisk godtgjørelse for styreledervervet. Det fremgår også av bobestyrers sluttredogjørelse at A verken har vært engasjert i andre selskaper eller vært involvert i tidligere konkurser. Det er uomtvistet at det var styrer og ikke styreleder som foresto nettoutbetalingene. KEM var også kjent med at A – konsekvent og ved flere anledninger – hadde nektet ethvert kjennskap til manglende avsetning og innbetaling av forskuddstrekk.

5. Slik jeg ser det, tilsier så vel sakens alvorlighetsgrad, As manglende profesjonalitet, kravets omstridte karakter, virksomhetens – og As involvering ut fra ideelle og ikke forretningsmessige motiver og forholdene for øvrig, at de forvaltningsrettslige krav til KEMs veiledning og til forsvarlig og hensynsfull opptreden, skjerpes. Med dette utgangspunkt går jeg over til å vurdere om KEMs saksbehandling, herunder varselet 29. januar 2002, oppfyller de krav som med rimelighet kan stilles.

6. Først vil jeg påpeke at varselet mangler angivelse av hjemmels- eller det nærmere rettsgrunnlaget for erstatningskravet. Det er uheldig. Varselet er også noe misvisende. Jeg viser til setningen «[s]om styrets leder av virksomheten anses De strafferettslig og økonomisk ansvarlig for manglende gjennomføring og oppgjør av skattetrekk». Formuleringen skaper et inntrykk av at ansvaret følger av funksjonen som styreleder i barnehagen, hvilket ikke uten videre er gitt. Som KEM også har fremhevet i notatet 29. oktober 2003 hit, er det ikke tilstrekkelig å henvise til styreledervervet; selv om styreleder har et overordnet ansvar for å etablere og i noen grad følge opp både rutiner og daglig drift. Både et strafferettslig og erstatningsrettslig ansvar må imidlertid forankres i konkrete klanderverdige forhold fra As side, dvs. aktive handlinger eller unnlaterelser som måtte være gjort og som ville være å bebreide henne som uaktsomhet. Slik jeg ser det, burde varselet ha opplyst noe nærmere om dette.

7. Kravet til at forvaltningen opptrer veiledende og hensynsfullt taler – i denne saken – også for at KEM skulle opplyst om hvilke handlinger/unnlaterelser det mente A kunne holdes ansvarlig for. I og med at det i varselet opplyses at hun «anses» ansvarlig,

må vurderingen forutsetningsvis være foretatt, og da er det – slik jeg ser det – ingen avgjørende grunner som taler imot å tilkjenne hvilke konkrete klanderverdige forhold KEM holder henne ansvarlig for.

8. Formålet med å gi en part et slikt varsel er blant annet å gi parten en meddelelse om hvorledes forvaltningen ser på saken, og derigjennom gi parten en reell anledning til å fremlegge relevante opplysninger. Samlet sett innebærer imidlertid de forhold jeg har påpekt ovenfor at A ble gitt åtte dager til å kommentere beskyldningene om straffe- og erstatningsansvar som følge av at hun var styreleder. I og med at hun vitterlig var styreleder, og tidligere hadde forklart seg om barnehagens drift, herunder hvem som hadde foretatt nettolønnsutbetalingene og at verken hun eller andre i styret ikke hadde kunnskap om forholdet, er det vanskelig å se hvorledes A kunne forstå hvordan saken ble vurdert eller hva hun kunne bidra med av opplysninger.

9. Det er på denne bakgrunn min oppfatning at varselets utforming og ordlyd er for bastant og unyansert, og oppfyller neppe de krav som må anses å følge av reglene om å opptre i samsvar med god forvaltningsskikk og krav til forsvarlig saksbehandling.

10. Jeg finner også grunn til å reise spørsmål om saksbehandlingen i forkant av varselet var forsvarlig.

Slik jeg ser det, er særlig varselets mangel på opplysninger om hvilke faktiske forhold A bebreides for, egnet til å svekke tilliten til den forutgående saksbehandling. Likeledes svekkes tilliten av at hjemmelsgrunnlaget for det økonomiske krav ikke er nevnt. Dette forsterkes ytterligere gjennom advokat Bs brev 7. februar 2002, sammenholdt med KEMs svar, brevet 14. februar 2002 referert ovenfor. I advokat Bs brev fremgår det at han har forstått – ut ifra varselet 19. januar 2002 og etterfølgende telefonsamtaler – at KEM legger til grunn at blant annet sktbl § 49 gir grunnlag for erstatningskravet. Da det synes avklart at bestemmelsen ikke gir grunnlag for erstatningskrav mot personer involvert i det trekkpliktige rettssubjekt, jf. bl.a. kommentarutgaven til skattebetalingsloven side 446 flg., ville det vært naturlig om KEM i den påfølgende korrespondanse hadde oppklart eventuelle misforståelser om hva KEM la til grunn. Svaret 14. februar 2002 inneholdt imidlertid ingen slik oppklaring. Det ble heller ikke i svaret opplyst hvilke konkrete forhold KEM bebreidet A for. Samlet sett er dette egnet til å svekke tilliten til saksbehandlingens forsvarlighet.

11. Først etter foreleggelsen herfra, i notatet 29. oktober 2003, ga KEM uttrykk for hvilke konkrete forhold ansvaret ble forankret i. I notatet heter det blant annet:

«A ble vurdert som ansvarlig sammen med styrer i Y på bakgrunn av hennes posisjon som styreleder. As posisjon som ansvarlig ble vurdert ut ifra

vedtektene i barnehagen slik disse ble gjengitt i bostyrer rapporten fra konkursen, sammenholdt med øvrige opplysninger i saken. Når det gjelder «øvrige opplysninger» hadde A i tiden før konkursen hyppig kontakt med KEM hvor det fremstod som at hun hadde – og tok ansvar for økonomien i barnehagen. Dette kom bl.a. til uttrykk ved at hun gjorde forsøk på å få i stand betalingsavtaler på vegne av barnehagen, samt at hun foresto innbetalinger av skattetrekk hvor hun selv hadde undertegnet giroene.»

Selv om styreledere tilhører den gruppen personer det er naturlig å undersøke ansvarsforholdene rundt, er posisjonen, som tidligere nevnt, ikke tilstrekkelig til å fastslå ansvar og et manglende skattetrekk som sådan ikke nødvendigvis ansvarsbetingende. Ansvar må derimot forankres i konkrete forhold A som styreleder kan bebreides for.

12. Når det gjelder vedtektene er det fortsatt noe uklart hvorledes KEM mener at disse viser at A er å bebreide for forhold som kan innebære et straffean-svar eller erstatningsansvar overfor skattemyndighetene. Utgangspunktet kan nok være at vedtektene forutsetter en noe nærmere deltakelse fra styret og derved styremedlemmene i den daglige driften enn hva som er vanlig og følger av fravikelige lovregler for foretak som driver rent forretningsmessig. Jeg bemerker likevel at vedtektene først og fremst synes å regulere den interne ansvars- og arbeidsdeling. Således ser jeg at vedtektene kan være veiledende i saker hvor det er uklarhet omkring hvem som faktisk hadde ansvar for å betale forskuddstrekk eller hvem som foresto lønnsutbetalingene. I en sak som denne, hvor det var et ubestridt faktum at det var *styrer* som foresto lønnsutbetalingene og som fjernet forskuddstrekket fra regnskapsførers banklister, se bostyrer rapporten side 19, er det vanskelig for meg å se hvorledes vedtektene i særlig grad kan tale for et selvstendig ansvar også for styrets leder. Hvorledes KEM mener at vedtektene viser at A er å bebreide den manglende innbetalingen – og derved ansvarlig overfor skattemyndighetene – er ikke nærmere forklart og som nevnt vanskelig for meg å se. Jeg viser også til at det av vedtektene fremgår at det er *styrer* som hadde den daglige administrative ledelse og som skulle disponere budsjettmidlene.

På denne bakgrunn har jeg vanskelig for å se at vedtektene viser at A er ansvarlig overfor skattemyndighetene.

13. Hva gjelder de «øvrige forhold» KEM har vektlagt, er det også vanskelig for meg å se hvorledes KEM kan mene at As opptreden «i tiden før konkursen» viser at hun var ansvarlig. KEM har ikke presisert nærmere når denne tidsperioden startet, eller tidfestet når kontakten med A ble opptatt første gang. Ut fra sakspapirene mottatt her, må det imidlertid kunne legges til grunn at det ikke var noen kontakt mellom KEM og A før etter konkursvarselet 16. september 1999. Jeg har da sett hen til at A konsekvent har anført at hun ikke tidligere var kjent med

forholdet, at giroen hun undertegnet er datert 1. oktober 1999 og at forslaget til betalingsavtale ble oversendt KEM 5. oktober 1999. I og med at forskuddstrekket KEM har ansett henne ansvarlig for gjelder perioden frem til juni 1999, er det neppe riktig at denne etterfølgende kontakten med KEM viser at hun var ansvarlig for det styrer allerede hadde gjort. Jeg gjentar i denne forbindelse at det er ubestridt at det var styrer som gjennomførte nettølønnsutbetalingene.

14. Det er således ingen av de forhold KEM har trukket frem, verken i KEMs korrespondanse med A eller hit, som tilsier at KEM hadde dekkende og konkrete opplysninger som ga et fullt ut forsvarlig grunnlag for å anse henne strafferettslig og/eller erstatningsrettslig ansvarlig for manglende avsetning og innbetaling av forskuddstrekk for 1. – 3. termin 1999.

Slik jeg ser det styrker ovennevnte inntrykket om at den forutgående saksbehandling – sammenholdt med de alvorlige anklagene i varselet – ikke var fullt ut forsvarlig.

15. Selv om KEM ikke har trukket det frem, vil jeg bemerke at det eneste forhold jeg kan se av saksdokumentene som kan indikere at A var å bebreide forholdet, var at styrer overfor bostyrer hadde opplyst at hun hadde informert styret om nettoutbetalingene allerede i februar 1999. I så fall kunne det vært aktuelt å anse A, som styreleder, ansvarlig som følge av manglende inngripen/passivitet. Styrers påstand var imidlertid udokumentert, og bestridt. Dens beviskraft svekkes også av at styrer selv, i e-brev 22. september 1999 til A, ga uttrykk for at hun i juni 1999 hadde opplyst styret om at det var for lite penger, jf. bostyrer rapporten side 17.

As forklaring, som etter det opplyste er sammenfallende med de øvrige styremedlemmers forklaring, går ut på at hun først fikk kjennskap til nettoutbetalingen gjennom KEMs konkursvarsel 16. september 1999. Dette synes også fullt ut forenlig med sakens øvrig dokumentasjon, herunder den foreliggende dokumentasjon på hennes kontakt med KEM.

På denne bakgrunn synes heller ikke styrers påstand om at styret ble informert i februar 1999 å utgjøre et forsvarlig grunnlag for å anse A straffe- og erstatningsrettslig ansvarlig for manglende innbetaling av forskuddstrekk i perioden frem til juni 1999. Det samme gjelder langt på vei en beslutning om å gå til politianmeldelse.

16. Selv om KEM heller ikke har lagt til grunn at A er ansvarlig på dette grunnlag, vil jeg nevne at en styreleder undertiden kan bli ansvarlig som følge av manglende etablering av forsvarlig regnskapsføring og andre rutiner, samt for å føre en løpende og ellers årlig kontroll av virksomhetens drift. Spesielt vil styret og styreleder ha et klart ansvar i virksomhet drevet etter forretningsmessige og økonomiske motiver, herunder selskaper organisert som aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper, hvor styrets ansvar

fremgår av de underliggende rettsregler. Det er imidlertid meget som tilsier at det skal mer til før styret eller styreleder kan holdes strafferettslig og/eller erstatningsrettslig ansvarlig for andres handlinger – som man ikke var kjent med eller på annet vis aktivt har medvirket til – på bakgrunn av et frivillig og ubetalt styreverv i foreldredrevet barnehage med et slikt ideelt preg som X. Så vidt jeg vet er det ikke fastsatt noe offentlig regelverk hvor styreleders kontrollansvar i en forening er formulert og presisert.

Hvis det her skal vurderes om A kan bebreides for manglende kontroll, må det også sees hen til at kravet er relatert til et pågående regnskapsår og at regnskapsfører ikke har utarbeidet regnskapet som forutsatt. Selv om det er forhold i denne saken som kan tale i retning av at ansvarsforholdene kunne blitt vurdert annerledes om virksomheten eksempelvis var et revisjonspliktig aksjeselskap drevet på tradisjonelle forretningsmessige motiver, finner jeg – slik denne saken er opplyst – at det fremstår rimelig klart, særlig sett i forhold til de beviskrav som gjelder, at det ikke var grunnlag for å holde A ansvarlig som følge av manglende kontroll av om styrer foretok løpende forskuddstrekk som forutsatt de tre første terminer 1999. Derimot vil styret og styreleder formentlig måtte være seg særskilt bevisst denne typen oppgaver for styrer i forbindelse med avlegging av årsregnskap.

17. Jeg finner det også nødvendig å kommentere det som fremkommer av KEMs notat 29. oktober 2003, siste avsnitt i punkt 4.1 (side 4), hvor varselet også ble forklart med:

«A er nær til å avklare ansvarsforholdene i barnehagen, hva gjelder manglende innbetaling av skattetrekk, all den tid hun var styreleder og også personlig engasjert i innbetalingen av skattetrekk.»

Selv om det selvsagt må forventes at A bidrar til nødvendig avklaring omkring skattetrekket, gir det neppe som sådan et forsvarlig grunnlag for forvaltningen til å fremsette påstand om at hun er strafferettslig og erstatningsrettslig ansvarlig.

18. Oppsummeringsmessig finner jeg det vanskelig å akseptere at varselet her ikke er mangelfullt og misvisende, samt at det skulle foreligge et fullt ut forsvarlig grunnlag for de alvorlige beskyldninger som ble fremsatt. Samlet sett finner jeg at forvaltningens plikt til å opptre hensynsfullt og ellers i samsvar med god forvaltningsskikk ikke fullt ut ble oppfylt i denne saken.

Saksomkostningskravet

19. Spørsmålet er dernest om KEMs brudd på kravene til å opptre i samsvar med god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling gir grunnlag for A til å kunne kreve dekket sine saksomkostninger eller utlegg til advokatbistand knyttet til varselet. Det er da

naturlig å ta utgangspunkt i hvorvidt det var nærliggende eller forståelig at A fant det nødvendig å kontakte advokat og om dette i så fall er forårsaket av eller har nær sammenheng med de brudd på god forvaltningsskikk som synes å foreligge.

20. Det er naturlig å ta utgangspunkt i at varselet var mangelfullt, og at det skapte et uriktig inntrykk av at ansvaret med nødvendighet fulgte rollen som styreleder. I og med at A var styreleder kan jeg se at det må ha vært vanskelig for henne å forstå hvilken informasjon hun burde fremsette i løpet av de åtte dagene hun fikk til å uttale seg. Vanskeligere blir det for A at varselet også manglet opplysninger om vurderingstema, hvilke faktiske forhold KEM bebreidet A for, samt erstatningskravets hjemmelsgrunnlag. Dette må sammenholdes med at hun ved gjentatte tidligere anledninger hadde bestridt ansvar og benektet ethvert kjennskap til barnehagens brudd på trekkplikten mens det pågikk. Hun hadde således gitt opplysninger om de forhold hun tidligere var konfrontert med. Varselet kan på den bakgrunn oppfattes som et uttrykk for at hun ikke blir trodd og at forvaltningen gjør ansvar gjeldende uavhengig av hva hun forteller og uten å forklare nærmere hvorfor hun ikke blir hørt. Slik jeg ser det, er det på denne bakgrunn naturlig og forståelig at hun fant det nødvendig å søke profesjonell bistand, særlig når det tas hensyn til de alvorlige beskyldningene KEM hadde fremsatt og det betydelige økonomiske kravet.

21. Jeg er ikke generelt uenig i den redegjørelsen KEM har gitt i saken her om utgangspunktene for anvendelsen av forvaltningsloven § 36 – både at forvaltningsloven uttrykkelig ikke er gitt anvendelse etter skattebetalingsloven (§ 58), at det er tale om saksforberedelse før beslutninger er fattet og at verken erstatningskrav eller anmeldelse fra kommunens side ville være noe enkeltvedtak etter sitt innhold, om forvaltningsloven ellers skulle være anvendelig. Jeg vil likevel peke på at brudd på krav til forsvarlig saksbehandling ofte vil være sammenfallende med en uaktsomhetsvurdering etter erstatningsrettens regler. Videre peker jeg på at det ikke er helt ukjent at sakskostnadskrav har vært innrømmet selv om kostnadene knytter seg til saksforberedelse forut for noen beslutning eller vedtak. Jeg viser til ombudsmannens årsmelding for 2000 s. 189 flg. (sak 1999/1098) vedrørende krav om sakskostnader etter forhåndsvarsel om etterberegning av merverdiavgift. Samlet sett finner jeg det naturlig og forståelig at A har pådratt seg kostnader med bistand av advokat, og anser det også rimelig å anbefale at KEM dekker de kostnadene som fremstod som nødvendige – sett fra As side. I denne forbindelse vil jeg også nevne at det er nærliggende å anta at KEMs manglende opplysning om hvilket rettsgrunnlag erstatningskravet var forankret i, eller hvilke faktiske forhold A ble bebreidet for, har bidratt til å øke As omkostninger. Om saksomkostningene bør dekkes etter en analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36, etter er-

statningsrettslige betraktninger eller ut ifra en konkret billighetsvurdering basert på min anbefaling, finner jeg det ikke nødvendig å gå nærmere inn på nå. Således ber jeg KEM om å ta sakskostnadskravet opp til ny behandling. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede behandling.

Jeg har også merket meg at KEM vil vurdere å endre hvorledes slike varsler utformes i fremtiden.»

Nødvendige sakskostnader ble etter dette dekket av kommunen.

58.

Sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 – kostnader forbundet med ombudsmanns- behandling og fornyet behandling i forvaltningen

(Sak 2004–2007)

Saksbehandlingen i forbindelse med et fredningsvedtak ble i sak 2000–1994 (årsmeldingen for 2002 s. 326) kritisert av ombudsmannen på flere punkter, særlig i tilknytning til eiers forespørsel om å tilbakeføre en festsal til sin opprinnelige utforming. I fredningsvedtaket var tilbakeføringsønsket avslått og ombudsmannen uttalte blant annet at det forelå begrunnet tvil om fredningsvedtaket var fattet på et forsvarlig grunnlag og om restriksjonsnivået på vedtaket hadde tilstrekkelig tungtveiende grunner for seg. Miljøverndepartementet tok deretter saken opp til ny vurdering, og innvilget dispensasjon. Eierens krav om dekning av sakskostnader ble imidlertid delvis avslått, da behandlingen hos ombudsmannen og departementets etterfølgende behandling ble ansett unødvendig. Det ble vist til at dispensasjon uansett ville blitt gitt om eieren hadde søkt dispensasjon fra fredningsvedtaket fremfor å påklage selve vedtaket.

Ombudsmannen uttalte at fredningsvedtaket ikke syntes å åpne for å gi dispensasjon for tilbakeføringen. Spørsmålet hadde vært inngående behandlet i forbindelse med fredningen, og vedtaket fastslo eksplisitt at tiltaket ville være uforenlig med fredningen. Dette inntrykket ble forsterket gjennom klagevedtaket og etterfølgende korrespondanse. Ombudsmannen hadde forståelse for at eier hadde funnet det nødvendig å anmode ham om å undersøke saken nærmere, og anså kostnadene forbundet med klagebehandlingen og den etterfølgende saksbehandling i departementet som nødvendige i fvl. § 36s forstand. Departementet ble bedt om å se på sakskostnadsavgjørelsen på nytt.

Da A ervervet eiendommen i august 1995, var fredningsprosessen alt i gang, og eiers rådighet båndlagt i påvente av fredningsvedtaket.

Bygningen, som er fra 1809–1812, er ombygget

innvendig ved flere anledninger. I forbindelse med fredningsarbeidet fremsatte A ønske om å fjerne en skillevegg fra 1875–1900, for å tilbakeføre den opprinnelige romløsning med festsal/spisesal i fjerde etasje.

I Riksantikvarens fredningsvedtak ble det eksplisitt tatt stilling til ønsket om å tilbakeføre spisesalen. Det ble ikke funnet rom for å unnta skilleveggen fra fredningsvedtaket. Det ble også fastslått at verken fredningsvedtakets tilbakeføringsbestemmelse eller dispensasjonsadgangen i kulturminneloven, lov 9. juni 1978 nr. 50, (kml) § 15a ga rom for å tillate fjerning av skilleveggen.

A påklaget den delen av fredningsvedtaket som avsto hans forespørsel om å rive skilleveggen for å tilbakeføre den opprinnelige festsalen.

Miljøverndepartementet (MD) avsto klagen. Departementet la til grunn at skilleveggen burde omfattes av fredningen. Departementet unnlot uttrykkelig å ta stilling til spørsmålet om det kunne gis dispensasjon etter kulturminneloven § 15a, og til de sider ved saksbehandlingen eller fredningsvedtaket som gjaldt dette, men henviste til Aust-Agder fylkeskommune som første instans for en dispensasjonssøknad.

Etter at saken ble klaget inn hit, uttalte jeg i mitt avsluttende brev 27. september 2002 kritikk både mot enkelte sider ved saksbehandlingen og mot at fredningsvedtaket gikk for langt i å ta stilling til og nekte A å tilbakeføre spisesalen i fjerde etasje. Jeg ba MD ta saken opp til ny behandling og ba særlig om at det ble vurdert på nytt om det i fredningsvedtaket burde vært tatt stilling til skilleveggenes skjebne. Jeg uttrykte også tvil om avgjørelsen om å nekte A å fjerne skilleveggen i fjerde etasje hadde tilstrekkelig tungtveiende grunner for seg.

Departementet tok saken opp til ny behandling. De saksbehandlingsfeil jeg hadde påpekt i min uttalelse 27. september 2003 ble søkt rettet, blant annet gjennom møter og befaringer sammen med A og hans advokat. På bakgrunn av den nye gjennomgangen av saken, fant MD at det kunne tillates å fjerne skilleveggen. Dispensasjonsvedtak ble fattet 14. februar 2003.

Advokaten fremsatte, på vegne av A, krav om dekning av sakskostnader. Kravet omfattet kostnader påløpt fra og med klagen på fredningsvedtaket og frem til og med dispensasjonsvedtaket, samlet kr 255 037.

Departementet mente at dispensasjonen ikke innebar noen endring av fredningsvedtaket. På grunn av forhistorien så departementet at det kunne være tvil om dispensasjonsavgjørelsen likevel kunne ha karakter av å være en endring av fredningsvedtaket til gunst for eier. Etter departementets vurdering burde eier ha søkt om dispensasjon på et langt tidligere tidspunkt, og tilkjente derfor sakskostnadene bare delvis. Beløpet ble fastsatt til kr 115 000. Departementet hadde da tatt utgangspunkt i utgiftene påløpt frem til saken ble klaget inn for ombudsmannen.

På vegne av A klaget advokaten til ombudsmannen.

I brev herfra ble departementet bedt om å kommentere enkelte punkter i klagen, herunder om departementet la til grunn at dispensasjonssaken var en annen «sak» enn fredningssaken, og om det ble tillagt vekt at deler av omkostningene A hadde pådratt seg skyldtes møteinnkallinger og befaringer initiert av departementet i den hensikt å rette på de saksbehandlingsfeil som ble påpekt i mitt brev til departementet 27. september 2003.

Fra MDs svar siteres:

«Eier har helt siden fredningssaken startet opp ytret ønske om å få tillatelse til å fjerne en vegg i bygningens fjerde etasje for å tilbakeføre festsalen til sin opprinnelige form. Riksantikvaren avsto dette og tok den omstridte veggen med i sitt fredningsvedtak. Samtidig slo Riksantikvaren fast at en fjerning av veggen både ville være i strid med formålet med fredningen, dvs falle utenfor tilbakeføringsbestemmelsen i fredningsbestemmelsene og ligge utenfor dispensasjonsadgangen etter kulturminneloven. Realiteten i denne delen av Riksantikvarens vedtak er at direktoratet forskutterte utfallet av en eventuell søknad om dispensasjon om fjerning av veggen.»

Departementet fremhevet videre at de i klagebehandlingen eksplisitt ikke hadde sluttet seg til denne siden ved fredningsvedtaket, men begrenset seg til en tilslutning til Riksantikvarens standpunkt om at det ikke var grunnlag for å unnta skilleveggen fra fredningen. Det ble også fremhevet at departementet la til grunn at dispensasjonssøknader først kan behandles i etterkant av fredningsvedtaket, og at det var vist til dette i tidligere brev. MD fastholdt at dispensasjonsvedtaket formelt sett ikke endret fredningsvedtaket, men at det ut ifra sakens forhistorie, herunder Riksantikvarens uttalelser i fredningsvedtaket, kunne være noe tvil om avgjørelsen likevel kunne ha karakter av en endring til gunst for eier, jf forvaltningsloven § 36. Etter departementets vurdering burde eier ha søkt om dispensasjon på et langt tidligere tidspunkt, og tilkjente derfor sakskostnadene bare delvis.

Videre het det i departementets brev blant annet:

«Som uttrykt i vårt brev av [...] om dekning av omkostninger, tillegges normalt Riksantikvarens faglige vurderinger stor vekt. Departementet har imidlertid i flere saker ut fra helhetsvurderinger kommet til andre konklusjoner enn Riksantikvaren. Vi er fortsatt av den oppfatning at det ikke er holdepunkter for å hevde at dispensasjonssøknaden ville fått et annet utfall enn det som foreligger.»

Advokaten kommenterte MDs svar og MD utdypet sitt standpunkt i nytt brev hit. Advokatens avsluttende kommentarer ble deretter fremsatt.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Forvaltningsloven § 36 første punktum lyder:

«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 [...]»

2. I utgangspunktet reiser saken både spørsmål om dispensasjonsvedtaket innebar en endring av fredningsvedtaket, til gunst for A, og om kostnadene forbundet med ombudsmannsbehandlingen og den fornyede behandling i departementet var «nødvendig» for å få endret fredningsvedtaket.

Selv om dispensasjonsvedtaket ikke formelt sett var et endringsvedtak, har departementet – under henvisning til sakens forhistorie – erkjent at det kunne være tvil om dispensasjonsavgjørelsen likevel kunne ha karakter av å være en endring av fredningsvedtaket til gunst for eier. I sakskostnadsvedtaket aksepterte departementet på denne bakgrunn at forvaltningsloven § 36 kom til anvendelse i saken. Standpunktet er opprettholdt i svarbrevet hit. Jeg legger derfor til grunn at det er enighet om at dispensasjonsvedtaket blir å anse som en endring av «et vedtak» etter forvaltningsloven § 36.

I utgangspunktet er det da ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på dette her. Jeg vil likevel presisere at det etter min mening må være riktig å anse dispensasjonsvedtaket som en delvis endring av fredningsvedtaket i forhold til forvaltningsloven § 36. Selv om dispensasjonsvedtaket formelt sett ikke endret fredningsvedtaket, bør ikke dette tillegges avgjørende vekt i denne saken. Slik jeg ser det, innebærer ikke vilkåret i forvaltningsloven § 36 om at et vedtak skal være endret til gunst for parten, at forvaltningens prosessuelle og formelle valg i forbindelse med den nye behandling og vurdering av det aktuelle vedtaket, alltid må være ubetinget avgjørende for partens rettigheter etter § 36. Blant annet må det ses hen til formålet med forvaltningsloven § 36; å sikre den private part dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret – til sin gunst – rettigheter eller plikter fastsatt i et enkeltvedtak. Formålsbetraktninger tilsier således at siden deler av fredningsvedtaket reelt sett er satt til side/endret til As gunst, bør dette kunne tillegges avgjørende vekt selv om denne endringen formelt har kommet til uttrykk i et annet vedtak enn et endringsvedtak i egentlig forstand. For ordens skyld viser jeg også til at MD i svarbrevet hit ga uttrykk for et stort sett sammenfallende syn, jf. sitatet ovenfor.

3. Det sentrale vilkåret i denne saken blir således hvorvidt As påløpte sakskostnader var «nødvendige» for å få endret fredningsvedtaket.

4. Jeg har i tidligere saker påpekt at vurderingen etter nødvendighetskriteriet i forvaltningsloven § 36 må ta utgangspunkt i partens subjektive oppfatning

av nødvendigheten – ikke om utgiftene mer objektivt sett har vært nødvendige for å endre vedtaket. Hvorvidt kostnadene har vært nødvendige må derfor avgjøres etter en konkret vurdering der det legges vesentlig vekt på hva parten selv og hans advokat med rimelighet har oppfattet som naturlig tiltak, jf sivilombudsmannens årsmelding 2000 s. 24. Tilsvarende er også uttrykt i Lovavdelingens uttalelse 26. juli 1989 til Kommunal- og arbeidsdepartementet.

5. MD har – både i omkostningsavgjørelsen og i brev hit – begrunnet avkortningen med at kostnadene kunne vært unngått dersom A hadde søkt dispensasjon fremfor å klage til ombudsmannen. Fra brevet hit siteres:

«Bakgrunnen for departementets avkortning av omkostningsbeløpet er begrunnet med muligheten for eier til å søke om dispensasjon på et langt tidligere tidspunkt og derved redusere omkostningene, jf at departementet redegjorde for denne muligheten flere ganger muntlig og skriftlig og at dette var en behandling som skulle skje etter at fredningsvedtaket var endelig avgjort.»

6. Det avgjørende spørsmål blir etter dette om den formelle adgangen til å søke dispensasjon også fremstod som en så reell mulighet til å få dispensasjon fra fredningsvedtaket – slik dette var formulert – at A og hans advokat ikke med rimelighet kunne anse det som et naturlig tiltak å fremlegge fredningsvedtaket for ombudsmannen.

7. Det er ikke bestridt at As hovedanliggende gjennom hele fredningsprosessen var å få tillatelse til tilbakeføring av festsalen. Dette ønsket var gjenstand for omfattende saksbehandling under fredningsprosessen, og mulighetene for å tillate tilbakeføringen ble utredet. As ønske om å fjerne den aktuelle skilleveggen ble dertil vurdert og avslått i fredningsvedtaket. Avslaget ble begrunnet med at tiltaket ville stride mot fredningens formål og at det derfor verken var adgang til å tillate tiltaket gjennom fredningsvedtakets tilbakeføringsbestemmelse eller dispensasjonshjemmelen i kml § 15a. Av Riksantikvarens bemerkninger på s. 14 i fredningsvedtaket går det blant annet frem at:

«Fredningsforslaget er helt klart og gir ikke rom for å rive veggen i 4. etasje slik vi ser det.»

8. Det har heller aldri vært omstridt at skilleveggen i fjerde etasje ble tillagt en helt sentral betydning i fredningsvedtaket med tanke på å synliggjøre bruksendringene i [eiendommen], og som det etter fredningens formål var ønskelig å bevare. Jeg viser blant annet til at fredningsvedtaket fremhevet bevaringen av den ombygde romstrukturen som et av fredningens formål, og at Riksantikvaren, i henhold til MDs brev hit, har gitt uttrykk for at man like gjerne kunne unnlatt å frede anlegget hvis ikke interiøret ble fredet slik det da fremstod, blant annet med denne skilleveggen.

9. På denne bakgrunn har jeg forståelse for at A oppfattet fredningsvedtaket slik at det i realiteten gjorde det nytteløst å søke dispensasjon for å fjerne denne veggen, uten først å gå veien om å klage på fredningsvedtaket. Dette fordi fredningsmyndighetene i fredningsvedtaket hadde gått så langt at de allerede da tok stilling til og avsto en dispensasjonsforespørsel vedrørende skilleveggen i den opprinnelige festsalen.

10. Etter mitt skjønn er det også forståelig at A oppfattet MDs klagevedtak slik at fredningsvedtakets restriksjonsnivå med hensyn til denne skilleveggen uttrykkelig ble godtatt av MD. I klagevedtaket heter det blant annet:

«Departementet vil vise til at det av hensyn til fredningens formål og forvaltningen av den fredete bygningen er viktig med et høyt restriksjonsnivå i fredningsbestemmelsene. Dermed sikres den høye status og de kulturhistoriske verdier som kulturminnet innehar, og som er vesentlige for fredningen. Departementet har ikke særlige merknader til den faglige begrunnelsen for fredningsvedtaket og anser at de vedtatte fredningsbestemmelsene er nødvendige for å realisere formålet med fredningen på en god måte.»

11. Etter min oppfatning underbygger MDs brev til advokaten også at departementet i klagevedtaket anerkjente restriksjonene i fredningsvedtaket vedrørende skilleveggen i fjerde etasje. Her heter det blant annet:

«Departementet anser at vi gjennom vårt vedtak av [...] har tatt stilling til verneverdien av denne veggen.[...]

Den aktuelle skilleveggen i 4. etasje er et eksempel på den bruksendring som har skjedd, og som det etter fredningens formål er ønskelig å bevare.[...]

Departementet har gjennom sitt vedtak opprettholdt fredningsvedtaket på dette punkt fordi det mener veggen bør inngå som en del av fredningen. Departementet har lagt til grunn at den foreliggende dokumentasjon ikke gir godt nok grunnlag for en tilbakeføring, jf. fredningsbestemmelsene punkt 5.[...]

Videre:

«Riksantikvaren har i den aktuelle saken (li-kevel) valgt å behandle spørsmålet knyttet til riving av skilleveggen i forhold til dispensasjonsadgangen etter kulturminneloven før fredningsvedtaket var fattet.»

I samme brev ga departementet denne generelle redegjørelsen knyttet til dispensasjonsadgangen etter kml. § 15a:

«Når det gjelder dispensasjonsadgangen etter kml § 15a, er det to grunnleggende vilkår som må være oppfylt for at dispensasjonen skal kunne innvilges, dvs. både «særlige tilfelle» og at tiltaket ikke representerer noe «vesentlig inngrep i det fredete kulturminnet».[...]

«En sentral problemstilling i en slik vurdering, er spørsmålet om hvor grensen går for hva som er/ikke er akseptabelt av hensyn til fredningens formål. Innebærer tiltaket et vesentlig inngrep i kulturminnet, kan det ikke gis dispensasjon. Den eneste mulighet for at et vesentlig inngrep kan bli lovlig, er ved at fredningsmyndighetene opphever eller endrer fredningsvedtaket.

Når det gjelder problemstillingen knyttet til hvilke inngrep som må ansees vesentlige og hvilke som ikke er det kan vurderingen være problematisk, og vil måtte bero på et faglig skjønn i den enkelte sak. Hva som er et vesentlig inngrep avhenger av en helhetsvurdering, hvor inngreps art og størrelse vurderes opp mot objektets art, verneverdi og størrelse.»

12. Jeg oppfatter også at MD i svarbrevet hit ytterligere understreket skilleveggenes sentrale plass i fredningssaken og at dispensasjonsspørsmålet i realiteten syntes avgjort i fredningsvedtaket. Jeg sikter da blant annet til redegjørelsen i departementets brev om at Riksantikvarens vedtak reelt sett forskutterte utfallet av en eventuell dispensasjonssøknad, jf. sitat ovenfor.

På denne bakgrunn har jeg vanskelig for å se at A eller hans advokat burde oppfattet at fredningsvedtaket eller MDs klagevedtak, eventuelt sammenholdt med departementets brev [...], dit hen at det var realistiske holdepunkter for at en dispensasjonssøknad ville kunne få et positivt utfall for A. Jeg har derfor stor forståelse for at A, da fredningsvedtaket var endelig avgjort i forvaltningen, anmodet ombudsmannen om å undersøke saken nærmere. På grunn av sakens kompleksitet mener jeg også at A hadde god grunn til å søke hjelp hos advokat for å legge saken frem for ombudsmannen og for den etterfølgende behandlingen i MD, og at advokatutgifter – i forhold til forvaltningsloven § 36 – må anses nødvendige for endringen av fredningsvedtaket.

13. Det er ikke grunnlag for noen nærmere drøftelse av om det var nødvendig å engasjere arkitekt eller størrelsen på advokatsalæret.

Jeg ber departementet behandle As krav på å få dekket sine sakskostnader i fredningssaken på nytt i lys av mine merknader. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede behandling.»

59.

Saksomkostninger – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og retten til fritt rettsråd uten behovsprøving

(Sak 2004–1127)

Utlendingsnemnda (UNE) hadde lagt til grunn at utlendingsloven § 42 tredje ledd og rettshjelploven § 13 første ledd – om at visse grupper utlendinger skal ha rett til fritt rettsråd uten behovsprøving – innebærer at forvaltningsloven § 36 – om dekning av saksomkostningene i klagesaker hvor vedtaket en-

dres til klagerens gunst – er subsidiær og ikke kommer til anvendelse i slike saker.

Ombudsmannen la imidlertid til grunn at dekning etter rettshjelpsloven er forutsatt å skulle være subsidiær til andre dekningsmuligheter, herunder fvl. § 36. UNEs praksis innebar at fri rettshjelpsordningen uttømmende regulerte dekningsmulighetene og således at fvl § 36 settes ut av kraft i disse sakene. Ombudsmannen mente at det forelå begrunnet tvil i saken, og ga uttrykk for at det måtte være adgang til å kreve sakskostnader dekket også etter fvl. § 36 i disse sakene.

Ombudsmannen har mottatt flere klager på Utlendingsnemndas (UNE) praksis om å avslå saksomkostningskrav fremmet etter forvaltningsloven (fvl.) § 36, under henvisning til at parten har et utbetingskrav om fritt rettsråd etter rettshjelpsloven § 13 første ledd, jf. utlendingsloven § 42 tredje ledd. Klagen har blitt underlagt felles behandling herfra.

UNE behandler klager på Utlendingsdirektoratets (UDI) vedtak etter utlendingsloven. UNE har avslått krav om dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36 selv om UNE har endret UDIs vedtak i utlendingssaken til klagerens gunst. Avslagene ble formulert slik i et vedtak:

«Forvaltningsloven § 36 omfatter ikke saker der klager har krav på fritt rettsråd i medhold av lov om fri rettshjelp 13.06.80 nr. 35. I slike saker gis det godtgjørelse etter satser i henhold til forskrift av 18.09.01. nr. 1088 om salær fra det offentlige til advokater m.fl. etter faste satser (stykkprissatser) ved fritt rettsråd og i straffesaker (stykkprisforskriften) § 4 annet ledd nr. 6 og § 4 siste ledd. Etter nevnte bestemmelse godtgjøres klage i utlendingssaker med 3 ganger den offentlige salærsats. Ved personlig fremmøte i Utlendingsnemnda gis det et tillegg med 5 ganger salærsatsen. Godtgjørelse utover dette kan fastsettes etter forskriften § 4 siste ledd, dersom det faktiske timeforbruket i et rettsråd overstiger det dobbelte av det timeforbruk som er grunnlag for stykkprissatsen. I så tilfelle fastsettes hele salæret av Fylkesmannen etter bestemmelsene i stykkprisforskriften.

Retten til å få dekket saksomkostnader etter forvaltningsloven § 36 anses som subsidiær i forhold til kravet en klient i asylsaker har til å få godtgjort kostnader etter stykkprisforskriften. Det kan således ikke gis ytterligere dekning i medhold av forvaltningsloven § 36.»

Ombudsmannen har videre vært kjent med at Justisdepartementet – som klageorgan i saker om fritt rettsråd – har nektet å innvilge fritt rettsråd for klager i asylsaker. Fra en av departementets begrunnelser siteres:

«Departementet vil [...] understreke at rettshjelpsloven anses subsidiær i forhold til andre dekningsmåter, herunder forvaltningsloven § 36, jf. Justisdepartementets rundskriv G 73/96 side 32–33. Et utslag av dette prisnipp kommer blant annet frem i lovens § 4 annet ledd, og vil bli pre-

sisert direkte i rettshjelpslovens bestemmelser i forbindelse med det forenklingsarbeid som legges frem for Stortinget i vår.»

UNE ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for den rettslige forankring for at fvl. § 36 er subsidiær i forhold til godtgjørelse etter rettshjelpsloven og at krav på fritt rettsråd/fri sakførsel etter rettshjelpsloven er til hinder for å tilkjenne (ytterligere) saksomkostninger etter fvl. § 36. I tillegg ble UNE særlig bedt om å kommentere forholdet til Justisdepartementets retningslinjer gitt i kapittel III punkt 3 og kapittel XIII punkt 3 vedrørende Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1990 s. 581 i rundskriv G-73/96. Med henvisning til at både forvaltningsloven og rettshjelpsloven hører under Justisdepartementet, ble det opplyst at ombudsmannen – så fremt UNE anså det riktig eller hensiktsmessig – ville være tilfreds med om foreleggelsen ble besvart av, eller gitt en avklaring med, Justisdepartementet.

UNEs svar hit inntas i sin helhet:

«Vi viser til tidligere korrespondanse, som startet med Sivilombudsmannens brev til UNE av [...]. Ved brev [...] forela vi brevet for Justisdepartementets sivilavdeling, samtidig som vi redegjorde nærmere for UNEs praksis i form av et utkast til brev til ombudsmannen, jf. vedlegg. Vi tok Justisdepartementets svarbrev av [...] opp med Kommunal- og regionaldepartementet. [...] fikk vi vedlagt brev på e-post fra Justisdepartementet, jf. vedlegg. Det fremgår her at forvaltningsloven § 36 er subsidiær i forhold til rettshjelpsloven i utlendingssaker, hvilket er overensstemmende med den praksis som har vært utført i UNE.»

Vedlagt svaret fulgte utskrift av et kort e-brev fra Justisdepartementet til UNE hvor et ikke-undertegnet brev fra departementet til UNE var vedlagt som elektronisk fil. I Justisdepartementets brev het det følgende om forholdet mellom rettshjelpsloven og fvl. § 36:

«Det følger av rettshjelpsloven § 13 første ledd, jf. utlendingsloven § 42 tredje ledd og § 34 at utlendinger i de der nevnte tilfeller, herunder asylsaker, har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. Retten til fritt rettsråd uten behovsprøving gjelder til og med ordinær klagebehandling i Utlendingsnemnda. I slike saker har utlendingene således et ubetinget krav på fritt rettsråd. Dette innebærer at rettshjelpsloven i slike tilfeller gjelder uttømmende og at forvaltningsloven § 36 ikke kommer til anvendelse. Loven inneholder derfor et unntak fra dens subsidiære karakter for så vidt gjelder denne type klagesaker.»

Vedlagt UNEs svar hit fulgte også UNEs brev til Justisdepartementet og et utkast til svarbrev hit.

UNEs svar med vedlegg ble oversendt klagerens prosessfullmektiger for kommentarer. Prosessfullmektig i sak 2004/1127, har fremsatt merknader til svaret som har blitt videresendt UNE.

Ved avslutning av saken ble det funnet grunn til følgende merknader:

«Utgangspunktet er at ordningen med fri rettshjelp er ment forbeholdt personer som ikke har andre dekningsmuligheter til sine rettshjelpskostnader. Offentlig rettshjelp skal således være subsidiær i forhold til andre dekningsmuligheter, herunder dekning av sakskostnader i henhold til forvaltningsloven § 36, jf. også Justisdepartementets rundskriv G-73/96 punkt III. 3. på s. 32.

Spørsmålet denne saken reiser er hvorvidt det i visse typer utlendingssaker skal gjøres unntak fra dette utgangspunktet ved at rettshjelpsdekningen skal anses prinsippal og uttømmende. Konsekvensene av en slik forståelse blir at partene avskjæres muligheten for å kreve dekning etter forvaltningsloven § 36, slik at denne regelen reelt sett er satt ut av kraft på dette saksområdet. Det som har aktualisert spørsmålet er særlig asylsaker der asylsøker har krav på fritt rettsråd uten behovsprøving, jf. utlendingsloven § 42 tredje ledd og rettshjelploven § 13 første ledd.

UNE ble i foreleggelsen herfra særskilt bedt om å redegjøre nærmere for den rettslige forankring av standpunktet om retten til fritt rettsråd uten behovsprøving innebærer at forvaltningsloven § 36 blir subsidiær. Nemndas svar gir, som det fremgår av referatet ovenfor, lite informasjon om forvaltningspraksisens rettslige forankring. I det vedlagte brev fra Justisdepartementet ble det – i likhet med brevet fra UNE – gitt uttrykk for en slutning om at siden utlendingene har et ubetinget krav på fritt rettsråd, så er rettshjelploven uttømmende slik at forvaltningsloven § 36 ikke kommer til anvendelse i slike saker.

Det er vanskelig å se at det er en nødvendig konsekvens av fritaket for behovsprøving – og derved egenbetaling – at utlendingene skal miste andre dekningsmuligheter, herunder rettighetene etter fvl. § 36. Retten til fritt rettsråd og retten til å få dekket sine nødvendige omkostninger etter fvl. § 36, er to forskjellige rettigheter som er regulert i to forskjellige regelsett. Som hovedregel er forholdet mellom disse rettighetene basert på at parten primært skal kreve dekning etter fvl. § 36, mens rettshjelploven skal utgjøre et sikkerhetsnett for de som ikke kan dekke/få dekket kostnadene på annet vis. At vilkåret om behovsprøving for å omfattes av sikkerhetsnettet er fjernet, trenger ikke nødvendigvis å innebære noen endring av primærrettigheten. Det er med andre ord ikke noe i veien for at også denne gruppen utlendinger primært skal søke dekning for sine nødvendige sakskostnader etter fvl. § 36 der vedtak endres til gunst, mens de alternativt/subsidiært vil få dekning etter ordningen med fritt rettsråd uten behovsprøving.

Av utlendingsloven § 32 fremgår det at forvaltningsloven «gjelder når ikke annet følger av loven her». Det er ingen bestemmelse i utlendingsloven eller rettshjelploven som tilsier at fvl. § 36 ikke skal

gjelde. Når det gjelder rettshjelpbestemmelsen i utlendingsloven § 42 tredje ledd og rettshjelploven § 13 første ledd fremgår det der kun at utlendingen har «rett» til fritt rettsråd «uten behovsprøving». Dette underbygger ikke en forvaltningspraksis som setter de alminnelige rettighetene etter fvl. § 36 til side.

Forarbeidene til utlendingsloven av 1988 består i hovedsak av NOU 1983:47 om «Ny fremmedlov», Ot.prp. nr. 46 (1986–87) om «Utlendingsloven» og Innst. O. nr. 92 (1987–88). Forholdet til fvl. § 36 synes ikke å være nærmere omtalt eller vurdert i forarbeidene.

Heller ikke formålsbetraktninger – slik formålet er beskrevet i forarbeidene – synes å gi avgjørende støtte til UNEs standpunkt, snarere tvert om. Hensikten med å gi denne gruppen utlendinger rett til fritt rettsråd uten behovsprøving var å bedre deres rettssikkerhet. Det vises blant annet til side 167 i Ot.prp. nr. 46 (1986–87) der bakgrunnen for forslaget om å fjerne behovsprøvingen beskrives:

«Etter departementets oppfatning er det imidlertid behov for enkelte særregler som favoriserer utlendinger ved vedtak etter utlendingsloven på grunn av den avgjørende betydning vedtaket har for deres adgang til å kunne være i landet og på grunn av de spesielle problemer utlendinger får som følge av språkproblemer og manglende kjennskap til norske forhold.»

UNEs standpunkt vil kunne innebære at parten ikke kan dekke sine nødvendige saksomkostninger i den grad de overstiger stykkprissatsene og betalingen basert på disse reglene. Således fjernes langt på vei advokatens (økonomiske) incitament til å nedlegge mer arbeid enn hva som dekkes av stykkprisforskriften – selv om det antas nødvendig for å få vedtaket endret. Sånn sett kan UNEs standpunkt innebære en fare for at utlendingers rettssikkerhet svekkes, hvilket harmonerer dårlig med bestemmelsenes mer generelle formål.

UNE har i utkastet til svarbrev hit skissert en del hensyn nemnda mener taler for den forståelse av regleverket UNE har praktisert. Et stykke på vei ser jeg relevansen av enkelte av de hensyn som der er skissert. Det er likevel ikke ombudsmannens oppgave å sette dette i stil og orden eller forsøke å utdype og presisere argumentasjonen. De reelle hensyn som gjør seg gjeldende er neppe entydige i favør av en bestemt konklusjon. Det synes uansett vanskelig å fravike forvaltningslovens regler til utlendingens ugunst på det grunnlag som UNE her synes å ha. En slik tilsidesetting bør helst ha en nokså klar forankring i lovteksten eller i lovbestemmelsen sammen med aktuelle forarbeider. Det kan i denne forbindelse vises til Ot.prp. nr. 46 (1987–88) side 134 der det under drøftelsen om «forvaltningslovens regler i utlendingssaker generelt» heter:

«Betydningen av rettsikkerhet i utlendingsaker kan knapt overvurderes. Rettsikkerhetsgarantier bør i stor utstrekning fastsettes i selve loven, slik at de ikke kan gjøres til gjenstand for skiftende politikk. Det er selvsagt at det i forskrifter til utlendingsloven ikke skal gis regler som fraviker forvaltningslovens regler til ugunst for utlendingen.»

Når det i forarbeidene uttrykkes at det anses «selvsagt» at det ikke er anledning til å fravike forvaltningslovens regler gjennom forskrifter, vil dette også være et signal om krav til klar rettslig forankring når forvaltningslovens alminnelige regler om sakskostnader i forvaltningspraksis settes til side til utlendingens ugunst.

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1990 side 581 er på tross av anmodningen i foreleggelsen herfra ikke kommentert. Kjennelsen viser at kjæremålsutvalget fant spørsmålet om forholdet mellom dekning etter rettshjepsreglene om fri saksførsel og tvistemålslovens hovedregler om sakskostnadsansvar for den tapende, vanskelig. Konklusjonen i kjennelsen kunne kanskje tilsi at det lignende spørsmålet om forholdet mellom sakskostnadsregelen i forvaltningsloven § 36 og rettshjepsdekning må være at rettshjepsordningen uttømmende regulerer dette. Rettshjepsloven § 25 synes imidlertid å forutsette at utbetalinger etter rettshjepsloven ikke nødvendigvis skal være subsidier. Det er dessuten andre ulikheter i regelverkene som begrenser overføringsverdien av Høyesteretts standpunkt om forholdet mellom tvistemålsloven og reglene om fri saksførsel, til spørsmålet om forholdet mellom forvaltningsloven og ordningen med fritt rettsråd.

Ombudsmannen har begrenset erfaring med den praktiske fremgangsmåten ved å fremme krav om rettshjepsdekning i klagesaker over avslag på begjæring fra utlendinger om asyl i Norge. Rettshjepsloven § 3 annet ledd er imidlertid neppe til hinder for at advokaten kan kreve betaling av partene i den utstrekning denne får dekket omkostningene gjennom fvl. § 36. Det antas også at den relativt konsekvente praksis Høyesterett mener foreligger i forholdet mellom ordningen med fri saksførsel og tvistemålsloven, er mer fast og entydig enn i forholdet mellom ordningen om fritt rettsråd og fvl. § 36.

Ut fra de opplysninger som er fremkommet, foreligger det begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, og avslagene på dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 synes ikke å være basert på en riktig rettsanvendelse. UNE bes derfor ta saken, og den praksis som er opplyst å foreligge, opp til ny vurdering i lys av merknadene ovenfor. Ombudsmannen ber om å bli orientert om utfallet av UNEs fornyede behandling. Det presiseres at det ikke er foretatt noen konkret vurdering av de enkelte saksomkostningskrav i forhold til fvl. § 36.»

60.

Saksomkostninger for Trygderetten når fylkestrygdekontorets vedtak oppheves og saken hjemvises til ny behandling

(Sak 2004–1095)

A krevde gjenopptakelse av en uførepensjonssak. Kravet ble avslått av Fylkestrygdekontoret i Østfold. Trygderetten opphevet fylkestrygdekontorets vedtak og hjemviste saken til ny behandling. Kravet om å få dekket saksomkostninger ble avslått. Det ble vist til trygderettsloven § 25 om at saksomkostninger kan tilkjennes dersom en kjennelse er til gunst. Trygderetten fant det usikkert om den nye behandlingen av saken ville medføre en endring til gunst for trygdede.

Ombudsmannen uttalte at det var grunn til å stille spørsmål om ordningen med å unnlate å ta stilling til spørsmålet om en opphevingskjennelse er til gunst før utfallet av den fornyede behandlingen foreligger, er en riktig tolkning av trygderettsloven § 25. Han viste til ordlyden i trygderettsloven, der det er bestemt at saksomkostninger «skal» tilkjennes hvis Trygderettens «kjennelse er til gunst». Trygderetten ble bedt om å vurdere spørsmålet om tilkjenning av saksomkostninger på nytt.

Trygderetten skrev senere at den ikke hadde innvendinger mot å tilpasse praksis i tråd med ombudsmannens syn og ville følge det opp ved å justere sine interne retningslinjer. Trygderetten mente likevel at tidligere praksis hadde vært forsvarlig i forhold til gjeldende lovgivning. As sak ble gjenopptatt og saksomkostninger tilkjent.

Saken gjelder avslag på krav om dekning av saksomkostninger for Trygderetten, når Trygderetten opphevet Fylkestrygdekontoret i Østfolds vedtak og hjemviste saken til ny behandling.

A mottar 100% uførepensjon fra folketrygden, med uføre- og virkningstidspunkt fastsatt til 1. desember 1988. I desember 2001 fremsatte han krav om garantert minste tilleggspensjon beregnet etter reglene for unge uføre. Fylkestrygdekontoret i Østfold behandlet kravet som en begjæring om gjenopptakelse av tidligere uførepensjonssak, men fant ikke at vilkårene for gjenopptakelse var oppfylt, og avslø kravet i vedtak 2. desember 2002. I ankeerklæring 12. desember 2002 ble fylkestrygdekontorets vedtak påanket til Trygderetten. Trygderetten opphevet i kjennelse 15. august 2003 fylkestrygdekontorets vedtak og hjemviste saken til ny behandling. Kravet om å få dekket saksomkostninger ble avslått. Retten uttalte at den etter trygderettsloven 16. desember 1966 nr. 9 § 25 kan pålegge ankemotparten helt eller delvis å erstatte de nødvendige utgifter som saken har medført for den ankende part, hvis kjennelsen er til gunst for parten. Derne uttalte retten at den fant det usikkert om resultatet av den nye behandlingen ville resultere i at det ble truffet et vedtak til gunst for A og fant derfor ikke å kunne ta stilling til saks-

omkostningsspørsmålet. Trygderetten mente at trygdeetaten måtte ta stilling til saksomkostningsspørsmålet i forbindelse med den nye behandlingen, etter forvaltningsloven § 36.

I klage hit anførte A at saksomkostninger skulle hit tilkjent. Han viste til at han i sin opprinnelige henvendelse til trygdeetaten hadde formulert kravet om at A måtte anses som ung ufør som en søknad. Videre viste han til at han i anken til Trygderetten hadde argumentert med at saken ikke skulle behandles som en begjæring om gjenopptakelse. A mente også at Trygderettens praksis syntes uensartet, og viste til eksempler på saker han mente var sammenlignbare og hvor Trygderetten hadde tilkjent saksomkostninger når vedtak ble opphevet og saken hjemvist til ny behandling.

Trygderetten ble tilskrevet herfra om saken. Det ble vist til endringen av trygderettsloven § 25, som trådte i kraft 4. desember 2001. Endringen omfattet bl.a. en presisering om at saksomkostnader «skal» tilkjennes og ikke bare «kan» tilkjennes. Trygderetten ble bedt om å redegjøre for sitt syn på om endringen får noen innvirkning på saksomkostnadsdekning og spørsmålet om hva som må anses å være avgjørelser til gunst. Trygderetten ble videre bedt om å redegjøre for sitt syn på om det etter lovendringen er rom for ulik praksis knyttet til spørsmålet om hva slags avgjørelser som skal anses å være til gunst, spesielt om det er adgang til å unnlate å tilkjenne påståtte saksomkostnader dersom Trygderettens kjennelse begrenser seg til å oppheve et avslag på en trygdeytelse. Det ble også vist til at retten i den konkrete saken hadde uttalt at den etter trygderettsloven (slik den som nevnt lød før lovendringen i 2001) kan pålegge ankemotparten helt eller delvis å erstatte de nødvendige utgifter som saken har medført for den ankende part, og stilt spørsmål om dette hadde hatt betydning for avgjørelsen av saksomkostningskravet.

Trygderetten svarte at endringene i trygderettsloven § 25 etter dens syn ikke får noen betydning for vurderingen av om en kjennelse kan anses for å være til gunst eller ikke. Trygderetten uttalte at endringen bare medførte at lovens ordlyd ble bragt i tråd med praksis. Om når en oppheving og hjemvisning må anses å være til gunst skrev Trygderetten:

«En rekke av Trygderettens kjennelser muner ut i at det vedtaket som påankes, blir opphevet og saken hjemvist til ny behandling. Trygderetten har hele tiden vært av den oppfatning at ikke alle kjennelser som opphever et vedtak kan anses for å være til gunst. Den nærmere grensdragningen har imidlertid bydd på betydelig tvil. Dette var bakgrunnen for utarbeidelsen av kontorundskriv nr 2/2000 som tidligere er sendt ombudsmannen. Retningslinjene er senere noe omarbeidet i sammenheng med en større revisjon av Trygderettens interne rundskriv om fri retts hjelp og saksomkostninger i april 2002. Vi vedlegger punkt 2.2.1 i det nye rundskrivet (kontorundskriv 3/2002).

I rundskrivet er det lagt opp til at dersom det

endelige resultat etter opphevingen er usikkert, bør utgangspunktet være at saksomkostninger ikke tilkjennes. Saksomkostningsspørsmålet kan da vente til resultatet etter den nye behandlingen i trygdeforvaltningen er klart. På dette punkt er Rikstrygdeverkets retningslinjer harmonisert med Trygderettens praksis slik at trygdeforvaltningen kan dekke alle omkostningene (inkludert de som er påløpt ved trygderettsbehandlingen) etter forvaltningsloven (Rikstrygdeverkets rundskriv til kapittel 21 Kapittel VI Om klage og omgjøring, på Lovdata side 14 og 15 – se vedlegg). Endringene i Trygderettens nye rundskriv punkt 2.2.1 er å anse som presiseringer i forhold til tidligere rundskriv.

Unntak fra ovenstående utgangspunkt er beskrevet øverst på side 27 i Trygderettens nye rundskriv som omhandler tilfeller der det i hovedsak påberopes saksbehandlingsfeil og retten er enig. Her kan det bli enkelte vanskelige avgrensninger hvor blant annet et avgjørende forhold vil være hvor mye av den ankende parts anførsler som omhandler saksbehandlingsfeil.»

Til den aktuelle saken mente Trygderetten at den fremstår som et grensetilfelle, men at det ut fra kjennelsen var vanskelig å ha noen klar formening om i hvilken grad saksbehandlingsfeil var tatt opp av prosessfullmektigen. Trygderetten viste også til at det i kjennelsen feilaktig var vist til trygderettsloven § 25 slik den tidligere lød, men at det ikke var grunn til å tro at det hadde hatt betydning for saksomkostningsavgjørelsen. Det ble vist til at det avgjørende tema for rettens vurdering uansett var om den aktuelle kjennelsen som opphevet det påankede vedtaket, kunne anses å være til gunst for den ankende part.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Generelt om saksomkostningsregelen.

Trygderettsloven § 25 første ledd lyder:

«Hvis Trygderettens kjennelse er til gunst for den ankende part, skal retten pålegge ankemotparten helt eller delvis å erstatte de nødvendige utgifter som saken har medført for den ankende part, inkludert utgifter som Trygderetten er ansvarlig for etter bestemmelsene i lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri retts hjelp.»

Kursiv i sitatet ovenfor viser i hovedsak endringene i bestemmelsens ordlyd. Før lovendringen i 2001 lød den:

«Hvis Trygderettens kjennelse er til gunst for den ankende part, kan retten bestemme at ankemotparten helt eller delvis skal bære de nødvendige utgifter som saken har medført for den ankende part, herunder også utgifter som Trygderetten er ansvarlig for etter bestemmelsene i lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri retts hjelp.»

Etter bestemmelsens ordlyd, var Trygderetten tidligere gitt en skjønnsmessig adgang til å tilkjenne saksomkostninger når rettens kjennelse var til gunst for den ankende part. Etter lovendringen er ikke av-

gjørelsen ut fra lovens ordlyd lenger gjenstand for en skjønnsmessig vurdering. Ifølge ordlyden i trygderettsloven § 25 første ledd skal saksomkostninger tilkjennes når Trygderettens kjennelse er til gunst. Trygderetten har opplyst, slik det også går frem av forarbeidene, at lovendringen innebærer en kodifisering av praksis, idet saksomkostninger også tidligere ble tilkjent når rettens kjennelse ble ansett å være til gunst. Jeg finner likevel grunn til å peke på at en følge av en slik endring i ordlyden, er et skjerpet krav til å legge til rette for og søke å sikre en konsekvent praksis med hensyn til hva som må anses å være en avgjørelse til gunst.

Når Trygderetten skal avgjøre et krav om dekning av saksomkostninger, må den i hver enkelt sak foreta en konkret vurdering av om kjennelsen er til gunst. Trygderetten har lagt til grunn at ikke alle kjennelser som opphever et vedtak og hjemviser saken til ny behandling kan anses å være til gunst. I Trygderettens kontorrundskriv 3/2002 punkt 2.2.1 sies det at dersom det er usikkert om resultatet av opphevingskjennelsen blir en avgjørelse til gunst, skal det som utgangspunkt ikke pålegges saksomkostninger. Saker der det er påberopt saksbehandlingsfeil er særskilt omtalt. Ifølge rundskrivet må en kjennelse anses å være til gunst når vedtaket oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, dersom den ankende parts prosedyre i hovedsak gjelder saksbehandlingsfeil og det gis medhold i dette.

I de sakene som munner ut i en opphevingskjennelse, legger Trygderetten altså til grunn at kjennelsen i seg selv ikke nødvendigvis er til gunst. Det er først når resultatet av den fornyede behandlingen foreligger at det kan tas stilling til spørsmålet. Utfallet av den nye behandlingen av saken er avgjørende. En slik praktisering og forståelse synes å være i tråd med utgangspunktet for den vurderingen som forvaltningen foretar når den avgjør om saksomkostninger skal tilkjennes etter forvaltningsloven § 36. I forvaltningsloven § 36 første ledd er det bestemt at 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, med enkelte forbehold. I trygderettsloven § 25 første ledd er det bestemt at hvis Trygderettens *kjennelse er til gunst* for den ankende part skal retten pålegge ankesmotparten helt eller delvis å *erstatte* de nødvendige utgifter som *saken* har medført for den ankende part.

I begge bestemmelsene benyttes betegnelsen *til gunst*. For øvrig avviker ordlyden i bestemmelsene fra hverandre. Rent språklig, må begrepet til gunst sies å favne videre i trygderettsloven § 25 første ledd, enn i forvaltningsloven § 36 første ledd. Begrepet til gunst i trygderettsloven § 25 første ledd viser tilbake på kjennelsen. Det er ikke, som i forvaltningsloven stilt noe vilkår om endring. Det er tilstrekkelig at kjennelsen er til gunst. Videre er det i trygderettsloven § 25 første ledd bestemt at det er de nødvendige utgifter som *saken* har medført som skal

erstattes. Dette reiser spørsmål om hva som i denne sammenheng må anses for å være saken. Etter min oppfatning må begrepet i alminnelighet og først og fremst forstås i betydningen saken for Trygderetten. Det kan neppe legges til grunn at bestemmelsen skulle omfatte saken i videre omfang enn saken for Trygderetten.

I de tilfellene Trygderettens oppheving fører til et nytt vedtak som må anses å være til gunst for den ankende part, går det frem at trygdeetaten dekker også tidligere påløpte saksomkostninger for Trygderetten, i medhold av forvaltningsloven § 36 første ledd. Det fremgår imidlertid at Rikstrygdeverket er av den oppfatning at det er tvilsomt om forvaltningsloven § 36 første ledd gjelder når Trygderetten har opphevet et tidligere vedtak. Synspunktet er da formentlig at det er tale om å treffe et nytt vedtak og ikke å endre tidligere vedtak. Rikstrygdeverket har likevel akseptert ordningen. Det at det er slik tvil om ordningen, peker også i retning av at trygderettsloven § 25 står på egne ben og bør fortolkes uten å legge for stor vekt på at en rimelig praktisering av trygderettsloven forutsetter en senere liberal anvendelse av forvaltningsloven § 36. Det er derfor etter min mening grunn til å stille spørsmål om ordningen med å unnlate å ta stilling til spørsmålet om en opphevingskjennelse er til gunst før utfallet av den fornyede behandlingen foreligger, er en riktig tolkning av trygderettsloven § 25. En ordning der Trygderetten også ved kjennelser om å oppheve tidligere vedtak selv tar stilling til saksomkostningskravet fremfor å sende det videre for senere avgjørelse, vil kanskje også medføre at forutsetningene for vurderingen av kravet er bedre. For den ankende part fremstår det også som en klar fordel at saksomkostninger tilkjennes i tid nær opp til tidspunktet da de er pådratt. Dette kan tale for i fremtiden å endre praksis slik at krav som ellers ville bli sendt videre i systemet blir avgjort av Trygderetten og da som hovedregel innvilget. Selv om det synes å foreligge langvarig praksis for nåværende ordning, ber jeg Trygderetten vurdere den på nytt i lys av mine merknader nå.

En spesiell type tilfeller er særskilt omtalt i Trygderettens rundskriv 3/2002. Dette gjelder saker der det påberopes saksbehandlingsfeil og retten er enig i at det foreligger slike feil at vedtaket oppheves. I de tilfellene den ankende parts prosedyre i hovedsak gjelder saksbehandlingsfeil og han får medhold i dette, er det i rundskrivet lagt til grunn at avgjørelsen må kunne anses å være til gunst for ham. Dette er jeg enig i.

Den fortolkning av trygderettsloven § 25 jeg har tatt til orde for nå, vil antagelig medføre at Trygderetten i praksis også vil innvilge saksomkostningskrav der et opphevet vedtak ikke blir endret senere, og der det etter nåværende praksis da neppe ville blitt tilkjent saksomkostnader, heller ikke for arbeidet med å få opphevet tidligere vedtak. Det er likevel ikke slik at jeg mener at en kjennelse som opphever et tidligere

vedtak i alle tilfeller skal medføre plikt til å tilkjenne sakskostnader. På samme måte som også i kjennelser der realiteten i saken endres til gunst for parten av Trygderetten, vil det være et vilkår at det er tale om «nødvendige» kostnader, jf. trygderettsloven § 25. Så fremt det er tale om å oppheve eller endre et vedtak av helt andre grunner enn forhold partens prosessfullmektig har brukt tid på, vil Trygderetten i enkelte tilfeller helt eller delvis måtte kunne avslå å dekke sakskostnadskravet. Det kan også være tale om å se pådratte kostnader ut fra en erstatningsrettslig synsvinkel der et sakskostnadsansvar må begrenses ut fra lignende synspunkter som reglene om skadelidtes medvirkning bygger på. Trygderettslovens ordlyd viser etter lovendringen nå uttrykkelig til «erstatte», og Trygderettens spesielle stilling bør her sees mer på bakgrunn av forvaltningsrettslige regler om sakskostnadsdekning enn domstolsbehandling og tvistemål.

2. As sak

Trygderetten avsto As krav om saksomkostninger fordi retten fant det usikkert om den nye behandlingen av saken ville resultere i at det blir truffet et vedtak som er til gunst for ham. Trygderetten fant derfor ikke å kunne ta stilling til saksomkostningsspørsmålet, men viste til at dette i tilfelle må avgjøres av trygdeetaten i henhold til forvaltningsloven § 36.

Det fremgår av saksdokumentene oversendt fra B at han i brev 3. desember 2001, på vegne av A, fremmet søknad om pensjonsrett som ung ufør. Det fremgår videre av ankeerklæringen 12. desember 2002 at han angrep Fylkestyngdekantoret i Østfolds vedtak med den begrunnelse at fylkestyngdekantoret bare hadde behandlet saken i forhold til spørsmålet om vilkårene for gjenopptakelse var til stede. Trygderetten uttalte i kjennelsen at den var «av den oppfatning at krav om beregning av pensjonen etter reglene om ung ufør ikke tidligere har vært gjenstand for et særskilt vedtak i As tilfelle. Å vurdere hans krav ut fra reglene om gjenopptakelse er på denne bakgrunn en lovanvendelsesfeil av betydning for trygdeetatens bedømmelse».

Det var fra prosessfullmektigens side i ankeerklæringen ikke nedlagt påstand om oppheving og hjemvisning. Han argumenterte også i forhold til realiteten i saken. Det fremgår imidlertid at han klart var av den oppfatning at det var feil når saken kun ble behandlet som en sak om gjenopptakelse. På bakgrunn av det som fremkommer i Trygderettens rundskriv når det gjelder oppheving og hjemvisning på grunn av saksbehandlingsfeil (det synes som om Trygderetten i svarbrev 12. januar 2004 hit mener at disse prinsippene kommer til anvendelse i nærværende sak), fremstår det etter dette som uklart om retten i den foreliggende saken har lagt de omtalte prinsipper til grunn i sin avgjørelse. Dette forsterkes også av rettens argumentasjon og standpunkt i Tryg-

derettens ankesak nr. 03/4303. På denne bakgrunn, og i lys av det jeg generelt har uttalt om trygderettsloven § 25 første ledd, ber jeg Trygderetten vurdere spørsmålet om tilkjenning av saksomkostninger i nærværende sak på nytt.»

Trygderetten skrev senere at den ikke hadde avgjørende innvendinger mot å tilpasse praksis i tråd med ombudsmannens syn og ville følge opp dette ved å justere sine interne retningslinjer. Trygderetten understreket at den ikke oppfattet ombudsmannens uttalelse som noen kritikk av Trygderettens tidligere praksis og sa at den betraktet den etablerte praksis som fullt ut forsvarlig i forhold til gjeldende lovgivning. Trygderetten viste til at ombudsmannen tidligere hadde fått tilsendt gjeldende retningslinjer fra Trygderetten og i tilknytning til avslutning av en tidligere sak ikke hadde hatt kritiske bemerkninger til retningslinjene på det aktuelle punkt. Trygderetten skrev at den ville legge de justerte retningslinjene til grunn for fremtidige kjennelser. Trygderetten skrev videre at ombudsmannens uttalelse om praksis ikke i seg selv ville kunne gi grunnlag for å kreve gjenopptak av tidligere avgjorte saker. Trygderetten sa at den ville behandle As sak som en begjæring om gjenopptakelse. A ble senere tilkjent saksomkostninger.

I brev herfra til Trygderetten ble det senere gitt uttrykk for at ombudsmannen hadde merket seg Trygderettens standpunkt. Videre at mye kan tale for at den justering av praksis som det nå ligger til rette for først og fremst blir å legge til grunn for fremtidige kjennelser og ikke uten videre som gjenopptakelsesgrunn i saker som allerede var avgjort også hva angår saksomkostnader.

61.

Behandlingen av klage over avslag på krav om saksomkostnader i ligningssak

(Sak 2004–1223)

Ekteparet A klaget til ombudsmannen over et avslag fra overligningsnemnda på krav om dekning av saksomkostnader i medhold av ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24 § 9–11. Fylkesskattekontoret fremmet ikke ekteparets klage over vedtaket til fylkesskatte- nemnda under henvisning til at ligningsloven § 9–11 ikke hjemlet klagerett i dette tilfellet.

Ombudsmannen fant det ikke nødvendig å ta stilling til om fylkesskattekontorene generelt har myndighet til å avvise klager til fylkesskattenemnda som lider av åpenbare feil. I forhold til saken til A var det tilstrekkelig å vise til at det ikke var hjemmel i ligningsloven for at fylkesskattekontoret kunne unnlate å oversende klagen til fylkesskattenemnda – og ved det å avskjære klagen fra behandling i nemnda – med den begrunnelse at fylkesskattekontoret mente klagen ikke ville kunne føre frem. Fylkesskattekontorene

ret kom senere tilbake til saken og opplyste at kontoret hadde tilbudt A å dekke sakskostnadene ut fra et erstatningsrettslig synspunkt.

Advokat B klaget på vegne av ekteparet A over et avslag på et krav om dekning av sakskostnader. Kravet ble fremsatt etter at ligningskontoret i endringssak hadde opphevet et tidligere vedtak som gjaldt As ligning for inntektsåret 1999. Fradrag for kostnader til nødvendig vedlikehold av As våningshus ble samtidig godkjent med kr 184 693.

Kravet på fradrag ble første gang behandlet i ligningsnemnda og A ble da skjønnsmessig innvilget fradrag for kr 150 000. Vedtaket ble etter klage opprettholdt av overligningsnemnda. A innhentet deretter en ny takstrapp og ba fylkesskattekontoret overprøve overligningsnemndas vedtak. Fylkesskattekontoret kom til at den nye takstrappen måtte anses som nye opplysninger som ikke tidligere hadde vært vurdert av nemndene. Saken ble sendt tilbake til likningskontoret for ny behandling i medhold av ligningsloven § 9–5 nr. 1 bokstav b. I nytt vedtak opphevet ligningskontoret tidligere vedtak i ligningsnemnd og overligningsnemnd, og A ble gitt medhold i sitt opprinnelige krav om fradrag for kostnaden til vedlikehold.

Krav om dekning av sakskostnader ble deretter fremsatt for ligningskontoret og avslått ved vedtak av overligningsnemnda. I nemndas begrunnelse ble det vist til at ligningssaken var tatt opp til ny behandling av ligningskontoret med hjemmel i ligningsloven § 9–5 nr. 1 bokstav b, og at det kun var ved medhold i overligningsnemnda eller høyere klageorgan at en skattyter kunne få dekket sine sakskostnader etter ligningsloven § 9–11 nr 1. Avgjørelsen ble påklaget, men fylkesskattekontoret fant ikke å kunne fremme klagen for fylkesskattenemnda. Begrunnelsen var at ligningsloven § 9–11 ikke hjemlet klagerett i dette tilfellet.

I klagen hit ble det blant annet hevdet at A fra første stund hadde gitt ryddige og fullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene. Det ble også vist til at As opplysninger allerede ved den første behandlingen i ligningsnemnda hadde vært attestert av uavhengige fagpersoner. Det ble også anført at utgiftene som var krevd dekket hadde vært nødvendige for å få saken betryggende behandlet, samt at det dreide seg om «nødvendige sakskostnader», jf. ligningsloven § 9–11.

Det ble besluttet å undersøke saksbehandlingen ved fylkesskattekontoret nærmere. Fylkesskattekontoret ble bedt om å begrunne nærmere hvorfor det ikke hadde vært grunnlag for å oversende klagen til fylkesskattenemnda. Det ble vist til at det følger av ligningsloven § 3–9 nr. 1 at fylkesskattekontoret skal forberede saker som skal avgjøres av fylkesskattenemnda, men at det ikke syntes å fremgå at

fylkesskattekontoret har myndighet til å avvise klager over vedtak som etter en særskilt lovbestemmelse kan påklages til nemnda. I tillegg ble det satt spørsmålsteget ved om fylkesskattekontoret etter den bestemmelsen kunne avvise en klage dersom vilkårene for å behandle klagen ikke forelå. Det ble bedt opplyst om det ikke da var opp til klageinstansen, i dette tilfellet fylkesskattenemnda, å avgjøre om vilkårene for å klage og eventuelt å innvilge dekning av sakskostnader var oppfylt.

Fylkesskattekontoret svarte til dette:

«Når lovbestemte vilkår for å tilkjenne sakskostnadene ikke er til stede, har vi tolket det slik at det heller ikke er klagerett etter loven.

Ligningsloven har i § 9–2(8) bestemmelse om at det er vedtaksorganet som avgjør om klage skal avvises når vilkår som nevnt i bestemmelsen nr. 2–7 ikke er oppfylt. Dette gjelder imidlertid bare når det er spørsmål om endring av ligning, og de nærmere bestemte vilkår som der er nevnt ikke er oppfylt. Utover dette kan vi ikke se at ligningsloven gir anvisning på at klageinstansen skal forelegges klagen når det går frem av lovteksten at det formelt sett ikke er klageadgang.

Etter ligningsloven § 3–9, skal fylkesskattekontoret forberede saker som skal avgjøres av fylkesskattenemnda. I endringssak og sak om tilleggsskatt skal kontoret utarbeide forslag til vedtak. I saker som den foreliggende der fylkesskattekontoret har funnet at lovbestemte vilkår for å fremme en sak ikke er til stede, har vi lagt til grunn at vi har kompetanse til å avvise saken på formelt grunnlag uten å legge den frem for nemnda.»

Når det gjaldt saken for øvrig, fastholdt fylkesskattekontoret at takstrappen inneholdt nye opplysninger. Det ble ellers vist til at det nok kunne fremstå som urimelig at den omstendighet at saken av formelle årsaker ble sendt tilbake til ligningsnemnda, fratok A mulighet for å få sakskostnadene dekket. Fylkesskattekontoret mente likevel at ligningsloven § 9–11 gir klar beskjed om i hvilke tilfeller sakskostnader kan gis.

Advokat B fastholdt deretter at As opplysninger var blitt stadfestet av bygningskyndige fagfolk alt før det første vedtaket i saken og at ligningsmyndighetene etter det ikke hadde hatt hjemmel for å kreve ytterligere bekreftelser.

Fylkesskattekontoret fikk As brev oversendt og opplyste at kontoret kunne kreve overprøving av vedtak gjort i overligningsnemnda når det vurderes slik at vedtaket er uriktig, men at fylkesskattekontoret i denne saken ikke hadde kunnet se at overligningsnemndas avslag var uriktig. Det ble videre vist til at når fylkesskattekontoret hadde funnet det riktig at ligningen for 1999 ble behandlet på nytt i ligningsnemnda, var det begrunnet i hensynet til at skattyter ikke skulle bli fratatt klagerettigheter ved at saken ble behandlet direkte i fylkesskattenemnda.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Det følger av ligningsloven § 9–11 nr. 3 første punktum at:

«Skattyteren kan påklage overligningsnemndas eller fylkesskattenemndas avgjørelse av krav etter nr. 1 til henholdsvis fylkesskattenemnda eller Riksskattenemnda innen tre uker etter at melding om avgjørelse er kommet fram.»

Det er ikke omtvistet at klagen var sendt innen klagefristen. Det som har vært undersøkt herfra har vært om fylkesskattekontoret da kunne la være å fremme klagen til fylkesskattenemnda. Det følger ellers av ligningsloven § 3–9 at fylkeskattekontoret skal forberede saker som skal avgjøres av fylkeskattenemnda. Fylkesskattekontoret har ikke hevdet at klagen var beheftet med formelle feil. Jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på om fylkeskattekontoret har kompetanse til å avvise klager til fylkesskattenemnda som lider av åpenbare formelle feil.

Når det gjelder behandling av klage på avslag på krav om sakskostnader, følger det av ligningsloven § 9–11 nr. 3 at rett klageinstans for vedtak i overligningsnemnda er fylkesskattenemnda. Fylkesskattekontoret har begrunnet sitt standpunkt om å avvise klagen med at «når lovbestemte vilkår for å tilkjenne sakskostnader ikke er til stede» er det heller ikke klagerett etter loven. Slik ligningsloven § 9–11 er utformet, er det imidlertid etter min mening ikke gitt noe rom for fylkesskattekontoret til på selvstendig grunnlag å avvise en klage på overligningsnemndas vedtak selv om kontoret mener den ikke vil kunne føre frem.

I saken til A synes det etter ligningsloven § 9–11 nr. 3 å være opp til fylkesskattenemnda å ta standpunkt til anførselene i advokat Bs klage på X overligningsnemnds sakskostnadsvedtak. Det følger av dette at også en innstilling fra fylkesskattekontoret om at det etter ligningsloven ikke er klagerett over overligningsnemndas vedtak, må forelegges fylkesskattenemnda til avgjørelse.

Ombudsmannens kontroll med forvaltningen – herunder ligningsnemndenes avgjørelser – skal være etterfølgende. Jeg går derfor ikke nærmere inn på advokat Bs konkrete anførsler i hans klage på overligningsnemndas avslag på kravet på saksomkostninger.

Jeg må på bakgrunn av mine synspunkter ovenfor be om at klagen nå blir vurdert oversendt fylkesskattenemnda for behandling. Jeg ber samtidig om å bli orientert om utfallet av nemndas behandling.»

Fylkeskattekontoret kom senere tilbake til saken her og opplyste at kontoret hadde tilbudt A å dekke sakskostnadene ut fra et erstatningsrettslig synspunkt, og at dette tilbudet var blitt akseptert. Saken ble med dette ansett for avsluttet.

62.

Erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser – svikt ved ligningsmyndighetenes fastsettelse av pensjonspoeng

(Sak 2004–1220)

Finansdepartementet avviste et krav fra A om erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygd. Kravet var rettet mot ligningsmyndighetene fordi A mente det var begått en feil hos ligningsmyndighetene ved rapporteringen av hans pensjonspoeng til trygden.

Ombudsmannen antok at folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 22–17 om renter stenger for erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygd også når erstatningskravet er rettet mot ligningsmyndighetene.

A krevde erstatning fra ligningsmyndighetene for rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser. Kravet var først fremsatt overfor fylkestrygdekontoret, men ble avvist. Etter å ha bedt Skattedirektoratet se på saken, ble kravet igjen avvist, denne gangen av Finansdepartementet.

Bakgrunnen for erstatningskravet var at A mente han var påført et tap som følge av en forsinkelse (svikt) fra ligningsmyndighetene ved beregningen og innrapporteringen til trygden av endrede pensjonspoeng for inntektsårene 1979–1985. Finansdepartementet avviste kravet med den begrunnelse at folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 22–17 stenger for at det ytes kompensasjon for rentetap på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige regler. Det ble vist til at bestemmelsen må tolkes slik at den også avskjærer kompensasjon for rentetap der det er ligningsmyndighetenes forsinkede fastsettelse av pensjonsgivende inntekt og pensjonspoeng som er årsak til den forsinkede trygdeutbetalingen.

Finansdepartementet ble bedt om å gi en nærmere redegjørelse for de overveielser som lå bak departementets oppfatning om at krav på erstatning for rentetap som følge av forsinket trygdeutbetaling på grunn av feil i ligningsetaten, skulle behandles likt med rentetap som skyldes feil i trygdetaten.

I mitt avsluttende brev til klageren uttalte jeg blant annet:

«1. Finansdepartementet har i svarbrevet fastholdt at folketrygdloven § 22–17, om at trygden ikke gir renter ved etterbetaling av ytelser, stenger for at det ytes kompensasjon for rentetap på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige regler. Som begrunnelse er det vist til Høyesteretts dom 25. oktober 2002 (gjengitt i Retstidende for 2002 s. 1331), som Finansdepartementet mener styrker en slik forståelse av bestemmelsen. Saken for Høyesterett gjaldt etterbetaling av hjelpestønad og hovedspørsmålet var om det fulgte av folketrygdloven § 22–13 sjette ledd at erstatning etter arbeidsgiveransvarsregelen i skadeser-

statningsloven 13. juni 1969 nr. 26 § 2–1, ikke kunne kreves. Flertallet kom til at folketrygdloven ikke utelukker erstatning etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Spørsmålet om renter på etterbetalingen ble omtalt særskilt (se Rt. 2002 s.1341). Uttalelsen fra førstvoterende til rentespørsmålet er sitert på s. 3 i Finansdepartementets brev. Jeg er enig med departementet i at dommen neppe kan forstås annerledes enn at Høyesterett mente at rentespørsmålet er uttømmende regulert ved spesialbestemmelsen i folketrygdloven § 22–17 første ledd.

2. Dommen fra Høyesterett gjaldt feil begått av trygdens organer og ikke som her – av ligningsmyndighetene. Finansdepartementet har i svarbrevet hit redegjort nærmere for hvorfor folketrygdloven § 22–17 første ledd om at «trygden ikke gir renter ved etterbetaling av ytelser» også må anses å gjelde ved feil begått av andre enn trygden. Finansdepartementet har til støtte for sitt syn vist til uttalelser i forarbeidene til folketrygdloven § 22–17 og til den tidligere folketrygdloven 17. juni 1966 nr. 12 § 14–9 femte ledd. Det er vist til at ordlyden i den tidligere folketrygdloven § 14–9 og forarbeidene til denne tilsier at bestemmelsen tok sikte på å avskjære renter ved etterbetaling av trygdeytelser som sådan uavhengig av om trygden eller andre tredjemenn var skyld i et uberettiget avslag. Departementet har også vist til at det i forarbeidene til folketrygdloven § 22–17 fremgår at denne var i samsvar med gjeldende rett, (jf. Ot. prp. nr. 29 (1995–96) s. 191).

Jeg har ikke funnet å kunne rette avgjørende rettslige innsigelser til den begrunnelsen Finansdepartementet har anført til støtte for sitt syn. Her viser jeg særlig til at folketrygdloven av 1966 § 14–9 femte ledd uttrykkelig viser til feil begått av «noen annen enn» trygden og trygdemedlemmet. Det er da heller ikke holdepunkter for at jeg – på bakgrunn av en rettslig vurdering – kan kritisere departementet for å ha avslått Deres krav om erstatning.»

63.

Krav om forsinkelsesrenter etter skattebetalingsloven

(Sak 2004–2173)

Det opprinnelig tilsendte skatteoppgjøret for A for inntektsåret 2001 var feil. Halden likningskontor tilskrev A om feilen og at korrigert skatteoppgjør ville bli tilsendt. A tok kontakt med Halden kemnerkontor da han mottok innbetalingsgiro på over en million kroner, informerte om feilen og at riktig skatt ville bli betalt så snart korrigert skatteoppgjør forelå. Han mottok korrigert skatteoppgjør og to innbetalingsgiroer. For den ene giroen var betalingsfristen «forfalt» og for den andre 5.12.02. A betalte den første giroen få dager etter mottagelsen og den andre på forfallsdato. A fikk krav fra kemneren om å betale forsinkelsesrenter.

Ombudsmannen uttalte at det i et tilfelle der ligningsmyndighetene selv har tilkjennegitt at utlignet skatt er feil, synes det nærliggende og i alle fall best i samsvar med god forvaltningsskikk å legge til grunn at skattyter ikke var pliktig til å innbetale den uriktig fastsatte skatten. Videre uttalte ombudsmannen at det ikke kunne legges til grunn at A hadde unnlatt å betale restskatt «innen forfallstidens utløp», jf. skattebetalingsloven § 31 nr. 1. Det fremsto som naturlig å se det slik at det måtte være gitt et tilsagn om utsatt forfall eller om ikke å kreve renter før etter eventuelt forsinket betaling også av korrigert oppgjør måtte foreligge.

A fikk senere tilbakebetalt innbetalte forsinkelsesrenter.

Saken gjelder Kemneren i Haldens krav om forsinkelsesrenter for for sent innbetalt restskatt, som skyldtes at opprinnelig skatteoppgjør var feil.

Det opprinnelig tilsendte skatteoppgjøret for A for inntektsåret 2001 var feil. I brev 10. oktober 2002 til A opplyste Halden likningskontor om feilen og at korrigert skatteoppgjør ville bli tilsendt ved 1. endringspulje. Da A kort tid etter mottok en innbetalingsgiro for over en million kroner, tok han kontakt med Halden kemnerkontor og informerte om feilen og at riktig skatt ville bli betalt så snart korrigert skatteoppgjør forelå. I brev 12. desember 2002 til Halden kemnerkontor opplyste han at han mottok korrigert skatteoppgjør 16. november 2002 og trolig samme dag to giroer, hver på kr 32 927. For den ene giroen var betalingsfristen «forfalt», for den andre 5. desember 2002. A betalte den første giroen 22. november 2002, den andre på forfallsdato.

I brev 20. november 2002 fra Halden kemnerkontor fikk A krav om innbetaling av skatt/varsel om tvangsinnfordring, samt informasjon om at påløpne renter pr. 19. november 2002 var kr 219. Senere mottok A krav fra kemneren om innbetaling av forsinkelsesrenter med kr 241.

I klagen hit stilte A spørsmål om kemnerens fremgangsmåte og om berettigelsen av kravet om forsinkelsesrenter.

Kemneren i Halden ble tilskrevet herfra. Det ble vist til at kemneren som hjemmel for kravet om forsinkelsesrenter, hadde vist til skattebetalingsloven 21. november 1952 nr. 2 § 31 og til forskrift 6. mai 1994 nr. 332 om renteberegning ved for sen innbetaling av skatt og oppgjør for skattetrekk § 1. Det ble bedt om kemnerkontorets nærmere redegjørelse for hvorfor det hadde lagt til grunn at forfallstidspunktet for første terminbeløp av restskatten, sett i lys av sakens omstendigheter, var satt til 31. oktober 2002.

Kemneren i Halden svarte:

«Refererer til diverse korrespondanse i saken hvor det synes som avsluttende uavklarte spørsmål er følgende:

1. «..hvorfor kemnerkontoret har lagt til grunn

- at forfallstidspunktet for første terminbeløp av restskatten er satt til 31. oktober 2002.»
2. «...likningskontoret hadde gitt melding om at det var oppdaget feil...»

Til 1: Vedlagt oversendes kopi av side 5 i internt brev til skatteoppkreverne og skattefogdkontorene datert 8. mars 2003 fra Skattedirektoratet. Det framgår her at utlegg av ligning for inntektsåret 2001 for forskuddspliktige er hhv. 21. juni og 10. oktober 2002.

Skattebetalingsloven § 23 nr. 3: «Restskatten forfaller til betaling 3 uker etter at utlegging av skattemønstret er kunngjort, likevel tidligst 20. august i likningsåret.....»

Opplyst forfall og forsinkelsesrenteberegning fra 31. oktober 2002 er dermed korrekt.

Til 2: Skattebetalingsloven § 30 nr. 1 er tidligere referert i brev til A. Denne gjelder.

Avslutningsvis er det å si: A har fått den samme skjønsmessige behandling som enhver vil få ved henvendelse til vårt kontor. Hans ligning var feil. Vi innvilget ham betalingsutsettelse i påvente av endring. Dette medførte at han slapp å betale 501.130 den 31.10.02. Han ble opplyst om at opprinnelige forfall ville gjelde, med den rentebelastning som endrede beløp ville gi.»

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Ifølge skattebetalingsloven § 23 nr. 3 forfaller restskatten til betaling 3 uker etter at utleggingen av skattemønstret er kunngjort. Kemneren har vist til at utlegging av ligning for inntektsåret 2001, for forskuddskattepliktige, var hhv. 21. juni og 10. oktober 2002. Jeg har ingen merknader til dette.

Kemneren viser videre til at skattebetalingsloven § 30 nr. 1 gjelder. Bestemmelsen lyder:

«Forskottsskatt, restskatt, etterskottsskatt, og annen utliknet skatt blir å innbetale til fastsatt tid og med de beløp som opprinnelig er fastsatt, selv om utskrivningen eller likningsansettelsene er påklaget, står under prøving ved overordnet instans eller er brakt inn for domstolene.»

Jeg tok i brev 16. juli 2003 opp med Skattedirektoratet et spørsmål om feilaktige krav som følge av åpenbare feil i den elektroniske ligningsbehandlingen. Jeg ba om Skattedirektoratets syn på om det i slike situasjoner er tilfredsstillende at skattytere skal være nødt til å innbetale en åpenbart uriktig fastsatt restskatt inntil skriftlig klage er mottatt og endringsvedtak fattet av ligningskontor eller ligningsnemnd. Jeg viste til kommentarene i Norsk lovkommentar til skattebetalingsloven § 30 der det blant annet heter at:

«Er det åpenbare og vesentlige feil ved skattekravet, f. eks. desimalfeil eller personforveksling, antas den ubetingede betalingsplikten ikke å gjelde. Det må utvises et visst skjønn hvor innfordringsskrittene avpasses etter feilens karakter, størrelse og hvorvidt feilen er udiskutabel.»

I brev 19. august 2003 svarte Skattedirektoratet at det er av den oppfatning at skattyter ikke vil være pliktig til å innbetale åpenbart uriktig fastsatt restskatt.

Det er noe uklart om feilen i skatteberegningen i denne saken skyldtes den elektroniske ligningsbehandlingen. I et tilfelle som det foreliggende, der ligningsmyndighetene selv har tilkjennegitt at utlignet skatt er feil, synes det imidlertid nærliggende og i alle fall best i samsvar med god forvaltningsikk, å legge til grunn at skattyter ikke var pliktig til å innbetale den uriktig fastsatte skatten. Det kan da neppe innebære noen realitet at Halden kemnerkontor mener å ha imøtekommet en søknad om betalingsutsettelse, idet kemneren på denne bakgrunn vanskelig kunne kreve innbetaling av allerede tilkjennegitt feilaktig fastsatt restskatt på over en million kroner.

Det videre spørsmålet er om det likevel kan kreves forsinkelsesrenter for den restskatten som skattyter, etter korrigeret ligning, er skyldig. Skattebetalingsloven § 31 nr. 1 lyder:

«Skattepliktige som ikke betaler forskottsskatt, restskatt, etterskottsskatt eller annen utliknet skatt, og arbeidsgiver eller selskap som nevnt i § 5 A som unnlater å foreta og sende oppgjør for forskottstrekk eller annet trekk innen forfalltidens utløp, skal svare renter av beløpet etter nærmere regler som fastsettes av departementet. Ligningslovens § 3–7 nr. 4, første til tredje punktum, gjelder tilsvarende ved betaling av skatt og trekkoppgjør.»

Det avgjørende for spørsmålet om A plikter å betale forsinkelsesrenter må være om han har unnlatt å betale restskatt «innen forfalltidens utløp». På bakgrunn av det som fremkommer ovenfor, kan jeg ikke se at det kan legges til grunn at han har betalt for sent. Jeg viser i denne forbindelse til skattebetalingsloven § 30 nr. 1 der det heter at restskatt blir å innbetale til fastsatt tid og med de beløp som opprinnelig er fastsatt «selv om utskrivningen eller likningsansettelsene er påklaget, står under prøving ved overordnet instans eller er brakt inn for domstolene». Det er ikke en slik situasjon som foreligger i nærværende sak. Det er her tale om et tilfelle hvor ligningsmyndighetene selv har tilkjennegitt at utlignet skatt er feil, og det fremstår som naturlig å se det slik at det må være gitt et tilsagn om utsatt forfall eller om ikke å kreve renter før etter eventuelt forsinket betaling også av korrigeret oppgjør måtte foreligge. En slik løsning vil ut fra de konkrete omstendigheter i saken etter min mening styrke tilliten til ligningsmyndighetene og skatteinnkrevingen.

Jeg vil på denne bakgrunn anbefale Halden kemnerkontor å frafalle rentekravet og tilbakebetale beløpet til A.»

A fikk senere tilbakebetalt innbetalte forsinkelsesrenter.

64.

Om kapitalkostnader knyttet til utlagte sakskostnader kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36

(Sak 2004–1707)

I to saker – om tollverdi og engangsavgift på personbiler – ble de opprinnelige vedtak først endret etter henholdsvis domstolsbehandling og ombudsmannsbehandling, og etter mer enn 6 år. A ble tilkjent sakskostnader i begge sakene, men Finansdepartementet reduserte kravet for beregnede avsavnsrenter på utleggene. Avslagene ble begrunnet med at sakskostnadsregelen i fvl. § 36 ikke hjemler krav om rentekompensasjon.

Ombudsmannen la til grunn at kravet om avsavnsrenter i realiteten er et krav om dekning av kapitalkostnader. Det ble ikke funnet grunnlag for å behandle denne type kostnader annerledes enn andre kostnader forbundet med saken. Kravet måtte derfor vurderes konkret opp mot vilkårene i fvl. § 36. Ombudsmannen fant at den lange saksbehandlingstiden i saken tilsa at kapitalkostnadene fremsto som uunngåelige og dermed «nødvendige», og – sett i sammenheng med utleggene størrelser – formodentlig også så store at de var «vesentlige». På bakgrunn av den rettsutvikling som har vært på flere områder knyttet til dekning av rentetap og avsavnsrente, ga ombudsmannen uttrykk for tvil om avslagene var basert på korrekt rettsanvendelse, og han ba departementet behandle sakene på nytt.

På vegne av selskapet A, klaget advokat B hit i en sak som gjaldt Finansdepartementets (FIN) vedtak i to saker om sakskostnader etter forvaltningsloven (fvl.) § 36. Begge avgjørelsene ga A rett til dekning av sakskostnader, men kravet om dekning av avsavnsrenter forbundet med utlegg til advokatbi-stand ble avslått.

Sakskostnadskravet FIN tok stilling til i vedtaket i den første saken, hadde påløpt i forbindelse med en sak om fastsettelse av tollverdi ved innførsel av kjøretøy. Etter det opplyste ble endringsvedtaket fattet i overkant av 6 år etter det opprinnelige vedtak, og etter at ombudsmannen hadde bedt avgiftsmyndighetene se på saken på nytt. A ble, etter fradrag for beregnede avsavnsrenter, tilkjent sakskostnader med totalt kr 146 208.

Vedtaket i den andre saken gjaldt sakskostnader påløpt for å få endret et vedtak fra 1996 om etterberegning av engangsavgift og merverdiavgift med tilleggsavgifter i forbindelse med import av personbiler. Saken ble fremmet for domstolene, hvor den verserte frem til Høyesterett i 2003 nektet å fremme staten v/FINs anke over lagmannsrettens dom. Lagmannsretten tilkjente A, i henhold til tvistemålsloven § 180 annet ledd jf. § 174, deler av sakskostnadene påløpt under domstolsbehandlingen. A fremmet deretter krav etter fvl. § 36 om dekning av res-

terende kostnader påløpt i forbindelse med domstolsbehandlingen samt i forbindelse med forvaltningens behandling av saken. Samlet sakskostnadskrav var etter det opplyste opprinnelig kr 1 205 488. I vedtaket ble A tilkjent deler av sakskostnadskravet, men det ble gjort fradrag for beregnede avsavnsrenter. Totalt er A tilkjent sakskostnader med kr 1 137 498.

Kravet om dekning av avsavnsrenter er i vedtakene avslått med følgende tilnærmet likelydende begrunnelse:

«A har med hjemmel i forvaltningsloven § 36 krevd rentekompensasjon for påløpte saks-kostnader. Kravet ble avslått i Toll- og avgiftsdi- rektoratets vedtak ... under henvisning til at den- ne bestemmelsen ikke hjemler krav på rentekom- pensasjon, og at det heller ikke finnes støtte i for- valtningspraksis for å tilkjenne renter i slike til- feller.

Departementet er enig i direktoratets konklus- sjon om at forvaltningsloven § 36 ikke hjemler dekning av rentekompensasjon for saks-kostna- der. Det følger av lovteksten at det «tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket». Etter vår oppfatning kan ikke rentetap anses som en slik nødvendig kostnad for å få endret vedtaket.

Vi viser også til forarbeidene til forvaltnings- loven, Ot.prp. nr. 27 (1968–69) side 47: «Det som kan kreves dekket er de særlige kostnader som han har pådratt seg for å få endret vedtaket. Uttrykksmåten forutsetter at sedvanlige kostna- der til porto, tap ved tidsspill og lignende dek- kes av parten selv. Som særlige kostnader kom- mer i første rekke i betraktning utgifter til full- mektig eller annen sakyndig bistand.»

Uttrykket «tap ved tidsspill og lignende» in- dikerer etter departementets syn at et rentetap dekkes av parten selv.»

I brev herfra ble FIN bedt om å utdype og presi- sere sin forståelse av forvaltningsloven § 36 første ledd nærmere. Særlig ble det bedt opplyst om finan- sieringskostnader generelt etter departementets opp- fatning ikke kan anses som «nødvendige», eller om det er vilkåret «vesentlige» som ikke anses oppfylt i denne konkrete saken.

FIN besvarte foreleggelsen, hvorfra siteres:

«Etter departementets oppfatning gir forvalt- ningsloven § 36 første ledd generelt sett ikke hjemmel for dekning av rentetap på betalte saks- omkostninger. Det er departementets syn at ren- tetap på saksomkostninger ikke kan defineres som «vesentlige kostnader» i forvaltningsloven § 36 første ledds forstand. Dette gjelder også selv om ventetiden mellom pådragelsen av saks- omkostninger og tilkjenningen av erstatning for dem er lenger enn normalt i slike tilfeller.»

Etter at sitatet fra Ot.prp. nr. 27 (1968–69) side 47 er henvisning til og referert, se sitat over, heter det vi- dere:

«Ved lovendring 27. mai 1977 ble det opp- rinnelige uttrykket «særlige kostnader som han

har pådratt seg for å få endret vedtaket» endret til «vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket». Det følger av Ot. prp. nr. 3 (1976–77) s. 102:

«Partenes utgifter i forbindelse med forvaltningssaker vil kunne variere en del fra tilfelle til tilfelle, men vanligvis vil det dreie seg om mindre beløp. Samtidig kan det undertiden føre til urettferdige resultater at den person som ønsker å føre sin sak selv, ikke får dekket sakskostnadene, mens det motsatte kunne ha blitt tilfelle om han hadde brukt sakkyndig hjelp. Justisdepartementet mener derfor det bør lempes noe på den forannevnte begrensning og foreslår at dekningsregelen skal gjelde «vesentlige kostnader». Det vil likevel bare være kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket som vil kunne kreves dekket. Partens tap ved tidsspille og lignende omfattes ikke av bestemmelsen. Slikt tap faller også utenfor ordningen med fritt rettsråd.»

Departementet viser også til Woxholth, Forvaltningsloven, tredje utgave, s. 465 hvor det menes å bli gitt uttrykk for samme oppfatning. Under henvisning til forarbeidene og juridisk litteratur mener FIN å ha støtte for sitt syn. Det uttales også at «[d]et faktum at slike rentekostnader kan ha vært en nødvendig konsekvens for klageren, og at slike kostnader vil ha et omfang som står i forhold til størrelsen på de erstattede saksomkostninger og varigheten av saksbehandlingen frem til erstatningsavgjørelsen, medfører ikke at disse dekkes av [fv. § 36]».

FINs brev ble oversendt advokat B, som kom med merknader til dette. FIN har etter dette ikke hatt ytterligere kommentarer.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Når det gjelder sakens faktiske side, fremgår ikke detaljene om hvor store utlegg eller tidspunktene for de enkelte utlegg av saksdokumentene mottatt her. Det legges likevel til grunn at A har måttet legge ut for relativt omfattende saksomkostnader forholdsvis lang tid før disse ble erstattet av det offentlige.

Da forvaltningsloven ble vedtatt i 1967 var det ingen generell adgang til å kunne kreve dekket saksomkostnader fra det offentlige ut over ordningen med fri rettshjelp eller etter alminnelige erstatningsrettslige regler. I forbindelse med gjennomgangen tilknyttet ikrafttreddelsen av forvaltningsloven i 1970 ble det gitt en begrenset mulighet («kan») til å få dekket særlige utlegg der vedtak var endret som følge av en ugyldighetsgrunn. Senere – i 1977 – ble parten gitt rettskrav (skal) på dekning ved endring av vedtak til gunst uten at endringen måtte være foranlediget av en ugyldighetsgrunn og med utvidelse av dekningsområdet for aktuelle utgifter, jf. sitat ovenfor.

Utgangspunktet er nå at forvaltningsloven inneholder en alminnelig rett for parten til å kreve dekket saksomkostnader med visse begrensninger og presiserin-

ger. Lovhistorien viser at forvaltningen under lovforberedelsesarbeidet var mer tilbakeholden enn Stortinget og stortingskomiteen i forhold til hvor langt det var ønskelig å gi parten rettskrav på saksomkostnadsdekning. Jeg betviler heller ikke at departementet kan ha rett i at forvaltningens praksis knyttet til rentekrav av denne typen har vært restriktiv og muligens konsekvent medført avslag ut fra kravets karakter (rentetap). Den rettsutvikling som har vært de senere år og særlig premissene som ligger til grunn for Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2002 s. 71, gjør imidlertid at det nå er grunn til å sette spørsmålstegn ved om en slik restriktiv praksis kan og bør opprettholdes i forhold til saksomkostnadsregelen i forvaltningsloven § 36 ut fra dagens samfunnsforhold og den enkeltes behov for rettsikkerhetsgarantier.

Det rettslige grunnlag for saken nå er fv. § 36 første ledd, som nå lyder:

«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, [...]» [mine kursiveringer]

FIN har i svarbrevet hit uttrykt at «rentetap på saksomkostninger ikke kan defineres som «vesentlige kostnader» i forvaltningsloven § 36 første ledds forstand». Utsagnet gjør det naturlig å knytte noen merknader til vilkårene «vesentlige» og «kostnader», herunder når vilkårene sees i sammenheng og i tillegg til vilkåret om at kostnadene må ha vært «nødvendige».

Et hovedspørsmål saken reiser er om A har hatt en «kostnad» forbundet med renter knyttet til utlegg til advokatbistand.

I moderne vestlige økonomier er det ansett som et relativt udiskutabelt faktum at kapital har en verdi og at inflasjonen over tid reduserer realverdien av nominelle beløp. Det legges derfor til grunn at det i et økonomisk perspektiv er forbundet med visse kostnader å måtte skaffe til veie og/eller avse kapital over tid.

Kapitalkostnadene avviker imidlertid fra de øvrige kostnadspostene forvaltningsloven § 36 tradisjonelt har dekket, ved å være av en noe mer indirekte og generell karakter. Kapitalkostnadene er en konsekvens av de mer umiddelbare kostnadene; som utleggene til salær og rettsgebyrer. Dette medfører blant annet at utmålingen av kapitalkostnadene kan bli noe annerledes enn for regulære utlegg. Undertiden vil man riktignok kunne summere kapitalkostnadene relativt konkret; eksempelvis hvis det har vært nødvendig å ta opp et separat lån for å betjene utlegget. I praksis vil det imidlertid normalt være vanskeligere å identifisere konkrete kostnader forbundet med konkrete utbetalinger. I slike situasjoner vil man måtte beregne kapitalkostnadene på generelt grunnlag – gjerne ved hjelp av en rentefot. Slik jeg oppfatter det, er det gjerne når kapitalkostnadene ut-

måles på denne måten, og for å beskrive beregningsmåten, begrepet avsavnsrenter benyttes. Det presiseres at jeg ikke har funnet det nødvendig å gå nærmere inn på hvordan avsavnsrentefoten skal fastlegges.

Selv om kapitalkostnader lenge har vært en realitet i det økonomiske perspektiv, har de – kanskje særlig fordi kapitalkostnadene normalt må utmåles gjennom en avsavnsrenteberegning – i juridiske sammenhenger tidvis blitt undergitt en noe særegen behandling. Jeg sikter her til den lenge dominante oppfatning i juridisk teori om at det forelå et særskilt krav om hjemmel i lov, avtale eller sedvane før noen kunne beregne seg renter. På dette området har det imidlertid vært en rettsutvikling. Rettstilstanden i dag gjør at det neppe lenger er rettslig grunnlag for å behandle kapitalkostnader beregnet gjennom avsavnsrenter annerledes enn andre kostnader. Jeg viser i særdeleshet til at Høyesterett eksplisitt tok avstand fra den tradisjonelle hjemmelslæren i den enstemmige avgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 71. Fra s. 76 siteres:

«Ut fra de forhold jeg nå har nevnt, er det slik jeg ser det ikke grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel. Det tap skadelidte påføres ved å oppnå erstatning lenge etter at skaden er påført ham, kan ikke lenger avfeies med at rentekrav ikke er hjemlet, men må vurderes som en mulig erstatningsberettiget tapspost. Hvorvidt erstatningen skal omfatte et rentetap, må vurderes ut fra en vurdering av den konkrete situasjon og på bakgrunn av vanlige erstatningsrettslige regler.»
[min kursivering]

Jeg finner det naturlig – også i forhold til fvl. § 36 – å anta at heller ikke kapitalkostnadene parten påføres gjennom utlegg for sakskostnadene, lenger kan avslås med at rentekravet ikke har særskilt hjemmel. Kapitalkostnadene må derimot vurderes på linje med eller som nært tilknyttet andre kostnader klagesaken har påført parten.

I samme retning taler også den relativt omfattende høyesterettspraksis tilknyttet tvistemålslovens saksomkostningsregel, som – så vidt vites – startet med avgjørelsen i Rt. 1983 s. 127 og siden er fulgt opp i blant annet Rt. 1997 s. 1210, Rt. 1997 s. 1445 og Rt. 1999 s. 74. Fra avgjørelsen i Rt. 1983 s. 127 – som Høyesterett også refererte fra i avgjørelsen i Rt. 2002 s. 71 – siteres:

«Når Høyesterett tilkjenner saksomkostninger for alle retter antar jeg imidlertid at omkostningene bør settes til et samlet beløp, men at det ved beregningen av omkostningene for byretten og lagmannsretten bør legges til grunn at den ankende part bare får dekket sine utgifter fullt ut når det tas hensyn til den tid som har gått etter at de tidligere dommer ble avsagt». [min understrekning]

Tilsvarende vil A bare få dekket sine utgifter fullt ut når det ved beregningen av sakskostnadene

tas hensyn til den tid som har gått siden A la ut for dem. Dette danner imidlertid kun et utgangspunkt for vurderingen etter fvl. § 36, da parten ikke har krav på å få dekket sine utgifter «fullt ut». Det er kun kostnader som har vært «nødvendige» og «vesentlige» som skal dekkes.

Når det gjelder nødvendighetsvilkåret, kan formuleringene i vedtakene om at FIN ikke anså rentetap som en «slik nødvendig kostnad» for å få endret vedtaket, jf. referatet ovenfor, indikere at det er dette vilkåret som ikke ble funnet oppfylt. Da standpunktet imidlertid kunne synes forankret i forarbeidene fra 1967–68 – og formuleringer som gjelder det nå opphevede vilkåret «særlige kostnader» – var det herfra noe usikkerhet om hvilket vilkår FIN anså uoppfyllt. I lys av svarbrevet hit 21. mai 2004 legges det til grunn at standpunktet ikke er forankret i nødvendighetsvilkåret, men i vesentlighetsvilkåret. Jeg finner det derfor tilstrekkelig å påpeke at jeg – blant annet i lys av avgjørelsene i Rt. 1983 s. 127 flg. – ikke kan se at det er rettslig grunnlag for et standpunkt om at kapitalkostnader *etter sin art* ikke kan anses «nødvendige». Det må derimot foretas en konkret vurdering av om det var nødvendig for parten å legge ut for sakskostnadene. I sakene her synes det – særlig tidsaspektet på mange år tatt i betraktning – lite tvilsomt at utleggene var uunngåelige for A, og at kapitalkostnadene dermed må anses «nødvendige».

Ut fra det syn at saksomkostningsregelen i fvl. § 36 er en spesiell forvaltningsrettslig erstatningsregel, vil jeg kort bemerke at kapitalkostnadenes indirekte – eller avledede – karakter, kunne aktualisert en adekvansvurdering; altså spørsmålet om kostnadene er adekvate i forhold til fvl. § 36. Jeg kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å mene at adekvansgrensen etter fvl. § 36 skal være snevrere enn etter tvistemålslovens saksomkostningsregler, jf. Rt. 1983 s. 127, eller etter alminnelige erstatningsregler, jf. Rt. 2002 s. 71. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette i denne saken.

Det neste hovedspørsmålet blir om kapitalkostnadene A er pådratt er «vesentlige».

Slik jeg forstår FINs standpunkt, innebærer det at kapitalkostnader ikke kan kreves dekket etter § 36 fordi de *etter sin art* – og således helt uavhengig av størrelse – «ikke kan defineres som vesentlige kostnader».

En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd, vilkåret «vesentlige» kostnader, tilsier at det skal foretas en avgrensning mellom store/viktige/betydelige og små/uviktige/ubetydelige kostnader. I utgangspunktet vil formentlig ordlyden her legge til rette for en regel som går ut på at enkelte kostnader som alltid eller regulært etter sin karakter er små eller bagatellmessige i så fall ikke kan kreves dekket. I og med at «kostnader» er et økonomisk kriterium synes det imidlertid naturlig å forstå dette som et kvantitativt – og ikke kvalitativt – kriterium. Det sentrale

for om kostnadene har vært vesentlige synes etter en alminnelig språklig forståelse å være kostnadenes størrelse. Og motsatt vil det, etter min oppfatning, kreve en nærmere forankring ut over lovens ordlyd om det for et og samme tilfelle skulle være riktig å betegne et beløp *vesentlig* (viktig/av stor betydning) mens et tilsvarende beløp skal betegnes *uvesentlig* (uviktig/uten stor betydning). Sees vilkårene «vesentlig» og «kostnad» i sammenheng, er det således vanskelig for meg å se det annerledes enn at departementets standpunkt innebærer en innskrenkende fortolkning av fvl. § 36 – som kan synes noe vanskelig å forankre i vilkårets språklige innhold – til borgernes ugunst.

FIN har i svaret hit anført at forarbeidene gir støtte for at kapitalkostnader etter sin art skal være unntatt fra fvl. § 36. Forarbeidene gir, slik jeg leser dem, imidlertid ikke noe klart uttrykk for at parten forutsettes å være avskåret fra å få dekket nødvendige kapitalkostnader når disse har vært betydelige.

Først vil jeg bemerke at kapitalkostnadene ikke kan sees omtalt eksplisitt i forarbeidene. Det må derfor vurderes hvorvidt forarbeidene på mer indirekte grunnlag, gir tilstrekkelige holdepunkter for å anta at kapitalkostnader skal være avskåret fra dekning.

Ot.prp. nr. 27 (1968–69) side 47 – som FIN henviser til i vedtakene og i svarbrevet hit – gjelder det nå opphevede vilkåret «særlige kostnader». Det er derved ikke helt åpenbart i hvilken grad disse forarbeidenes utdypning av vilkåret «særlige kostnader» skal tillegges avgjørende vekt i forståelsen av dagens vesentlighetskrav. Det må i alle fall tas i betraktning at et sentralt poeng med lovendringen i 1977, var at vesentlighetsvilkåret ville innebære en videre regel, se tilsvarende Eckhoff, Smith «Forvaltningsrett» 7. utg. side 287. Videre synes formålet med lovendringen å være å legge til rette for økt fleksibilitet – for derved å unngå urimeligheter – i saker hvor parten argumenterer saken selv, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 102, referert ovenfor fra FINs svarbrev hit 21. mai 2004. Slik jeg leser forarbeidene til lovendringen i 1977, kan det således synes som om hensikten med lovendringen særlig var å unngå urimelighet ved at enkelte kostnader var avskåret fra dekning som følge av sin art – og uavhengig av størrelse. Denne siden av forarbeidene kan etter min oppfatning synes å underbygge det lovens vilkår reflekterer; at det skal være en avgrensning mot dekning av små og ubetydelige kostnader.

FIN har spesielt fremhevet at det i forarbeidene – både i Ot.prp. nr. 27 (1968–69) og i Ot. prp. nr. 3 (1976–77) – er forutsatt at «tap ved tidsspille og lignende» ikke skal dekkes. Det er anført at formuleringen indikerer at kapitalkostnadene ikke er dekningsberettiget. Etter min oppfatning skaper imidlertid ikke formuleringen noe entydig eller avgjørende rettslig holdepunkt for at kapitalkostnadene skal være avskåret.

«Tap ved tidsspille» kunne ha som siktemål å av-

skjære krav på kapitalkostnader eller rentetap. Det er likevel så vidt jeg kan se ikke konkrete holdepunkter for å fastslå at hensikten har vært å avskjære ethvert krav på utlegg i form av kapitalkostnader. Først vil jeg nevne at begrepene «tap» og «kostnad» ikke fullt ut er synonyme. «Tap» kan i alminnelighet være å anse som en mer indirekte konsekvens av tidligere vedtak enn kostnad knyttet til å få vedtaket endret. De negative økonomiske *konsekvenser* prosessen har hatt, kan gjerne omtales som «tapene» som er oppstått i forbindelse med prosessen. På den annen side omtales de *konkrete utgifter* prosessen har påført, normalt som «kostnadene» man har hatt med prosessen. At forarbeidene omtaler «tap» – og ikke «kostnadene» – ved tidsspille, tilsier etter min oppfatning at forutsetningen i forarbeidene neppe bør tillegges avgjørende vekt. I samme retning taler etter min oppfatning bruken av begrepet «tidsspille». Normalt anvendes dette uttrykket på den tiden som oppleves som «spilt» eller «bortkastet». Forstått i sammenheng – herunder i lys av lovens vilkår og formålet bak lovendringen i 1977 – synes det således mest naturlig å forstå formuleringen i relasjon til egenbruk av *tid*. Forarbeidenes forutsetning om at «tap ved tidsspille» ikke skal dekkes, indikerer først og fremst en avgrensning mot generell verdsetting av tiden parten har brukt.

Etter min oppfatning gir således ikke denne avgrensningen i forarbeidene avgjørende støtte for departementets innskrenkende fortolkning av partens rett til kostnadsdekning etter fvl. § 36.

Når det gjelder generelle formålsbetraktninger, kan det synes mest i tråd med de overordnede hensyn bak fvl. § 36, om parten får dekket alle kostnader av en viss størrelse han med nødvendighet har pådratt seg for å få endret vedtaket. Jeg har innledningsvis pekt på generelle hensyn om å sikre og styrke den enkeltes rettssikkerhetsmessige situasjon der det oftest er begått en feil overfor vedkommende som blir rettet opp. Det kan i denne sammenheng også nevnes at det kan synes noe ubegrunnet og urimelig om en type reelle kostnader skal behandles annerledes enn andre. Det kan således også synes mest i samsvar med de rimelighetsbetraktninger som lå bak lovendringen fra «særlige kostnader» til «vesentlige kostnader» om vesentlighetskravet i forhold til kapitalkostnadene forstås som et kvantitetskriterium.

Selv om jeg ikke kan se at kapitalkostnader *etter sin art* må anses avskåret etter fvl. § 36, vil jeg presisere at dette er kostnader som formodentlig vil falle utenfor fvl. § 36 i de aller fleste tilfeller. Dette har sammenheng med at parten formodentlig ikke pådras kapitalkostnader av en «vesentlig» størrelse i majoriteten av tilfeller. Det er først når sakskostnadene har vært relativt store og partens utlegg ligger relativt langt tilbake i tid, kostnadene blir tilstrekkelig store. Men er disse forutsetningene først oppfylt (og øvrige vilkår i fvl. § 36), synes det mest rimelig,

og mest i tråd med formålet bak fvl. § 36, om kostnadene dekkes.

Slik denne saken er opplyst – og uten at jeg har foretatt noen konkret vurdering av de faktiske forhold eller As kapitalkostnadsberegninger – synes forholdene å ligge vel til rette for å tilkjenne dekning av påløpte kapitalkostnader her.

Jeg har på denne bakgrunn funnet det tvilsomt om departementets avslag er basert på en riktig rettsanvendelse, og ber derfor departementet ta sakene opp til ny vurdering i lys av mine merknader. Om min anbefaling blir lagt til grunn, vil det også ligge til rette for i alle fall for fremtiden å justere eller endre forvaltningspraksis der denne type krav måtte bli fremmet. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av de fornyede behandlingene.»

Bygge- og reguleringsaker

65.

Ordførers habilitet ved kommuneplanbehandling

(Sak 2004–1159)

Et reguleringsplanvedtak som innebar tildeling av hyttetomter på en eiendom hvor ordførerens (As) svigerfar hadde eierinteresser, ble brakt inn for ombudsmannen. Klagerne – fem andre grunneiere i området – reiste bl.a. spørsmål ved ordførerens habilitet både ved reguleringsplanbehandling og en forutgående kommuneplanbehandling med meklingsmøter.

Ombudsmannen konkluderte med at det forelå «særegne forhold» som var egnet til å svekke tilliten til As upartiskhet under kommuneplanbehandling. Selv om kommuneplanen gjaldt hele kommunen, måtte den likevel sies å ha spesiell stor betydning for As svigerfar. Ombudsmannen viste til at kommuneplanen ikke bare tok stilling til antall hyttetomter, men også i en viss grad til plasseringen av tomtene. Kommuneplanbehandling – hvor det under meklingsmøte ble enighet om hyttetomter også i reguleringsplanområdet – måtte sies å ha hatt stor betydning for det fremsatte reguleringsplanforslaget. Reguleringsplanen var også innsendt og tatt til behandling av kommunen da forhandlingene pågikk.

Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt, herunder gyldighetsspørsmålet.

Fylkesmannen i Buskerud hadde stadfestet et reguleringsplanvedtak for hyttefelt som innebar tildeling av 13 nye hyttetomter på en eiendom hvor ordførerens (As) svigerfar hadde eierinteresser. Kommunestyrets reguleringsplanvedtak i februar 2002 hadde blitt fattet med 12 mot 11 stemmer.

Klagerne – fem andre grunneiere i området – reiste bl.a. spørsmål ved habiliteten til kommunens

daværende ordfører – både når det gjaldt reguleringsplanbehandling og en forutgående kommuneplanbehandling. Kommuneplanens arealdel hadde blitt vedtatt av kommunestyret i juni 2000. Forut for vedtakelsen hadde det vært gjennomført meklingsmøter – i oktober 1999 og i februar 2000 – etter innsigelser fra bl.a. fylkesmannens miljøvernavdeling. Innsigelsene som i hovedsak var begrunnet ut fra hensynet til villreinstammen på Hardangervidda omfattet både areal og omfanget av planlagt utbygging.

I klagen til ombudsmannen påpekte klagerens advokat at ordføreren deltok under behandlingen av kommuneplanen, og først fratradte «før avstemmingen» i saken vedrørende reguleringsplanen. Det ble anført at As deltakelse i meklingsforhandlingene vedrørende kommuneplanen måtte sees på som en tilretteleggelse av grunnlaget for kommuneplan- og reguleringsplanvedtaket. Advokaten påpekte videre at reguleringsplanen allerede var innsendt – og tatt til behandling av kommunen – på det tidspunktet forhandlingene pågikk som ledet frem til det såkalte meklingsresultatet.

Spørsmålet ble tatt opp med fylkesmannen.

Når det gjaldt As habilitet, viste fylkesmannen i sitt svarbrev innledningsvis til uttalelse fra A selv. Fylkesmannen uttalte videre:

«Fylkesmannen la til grunn for sin avgjørelse at ordføreren fratradte og ikke deltok ved behandling av reguleringsplanen og fant således ikke at det i forhold til vedtaket om å egengodkjenne reguleringsplanen forelå saksbehandlingsfeil på denne bakgrunn.

Fylkesmannen kommenterte ikke direkte habilitetsspørsmålet i forhold kommuneplanens arealdelen og vil derfor bemerke følgende til dette spørsmålet. Det er da to forhold som habilitetsspørsmålet er knyttet til. For det første ordførerens rolle under meklingen og for det andre behandlingen av kommuneplanen i kommunestyret.

I kommunelovens §40 nr. 3 er det gitt regler om habilitet for folkevalgte. Det vises her til de generelle habilitetsreglene i forvaltningslovens kap. 11. Videre er det gitt visse særregler i §40 nr. 3 a-c.

Habilitetsreglene gjelder både ved tilretteleggelse av grunnlaget for en avgjørelse og ved selve avgjørelsen i en forvaltningssak.

Med bakgrunn i den familietilknytning ordføreren har til den som er grunneier i det aktuelle reguleringsområdet, ville han på ett tidspunkt i saken måtte anses å være inhabil. Fylkesmannen anser imidlertid at dette først ville være ved vedtagelsen av reguleringsplanen.

Det som var gjenstand for behandling på meklingstidspunktet var kommuneplanens arealdel, som fastsetter den fremtidige arealbruk innenfor hele kommunen. Arealdelen til kommuneplanen gjelder altså samtlige eiendommer innenfor kommunens grenser, og vil således i større eller mindre grad kunne berøre alle kommunens innbyggere. Etter fylkesmannens vurdering vil den enkelte kommunestyrerepresentant som hovedregel ikke være å anse som inhabil etter §6 første ledd ved behandling (tilretteleggelse og

vedtagelse) av kommuneplanens arealdel. En eventuell inhabilitet ville da måtte følge av §6 annet ledd.

Når det gjelder selve meklingsprosessen hos fylkesmannen, var dette en mekling mellom fylkesmannens miljøvernavdeling og kommune i forbindelse med fremsatte innsigelser til en rekke områder innenfor kommuneplanens arealdel. kommune var i meklingsmøte representert med i alt 8 personer, med ordføreren og ett formannskapsmedlem som folkevalgte representanter. Meklingen var altså en prosess som ble gjennomført for å bidra til å avklare/fjerne innsigelser til kommuneplanen. Meklingen omfattet en rekke ulike områder innenfor kommuneplanen, og det ble fra miljøvernavdelingens side fremsatt flere kompromissforslag som samlet sett skulle bidra til en løsning (herunder --- -området).

Når det gjelder ordførerens rolle under meklingen vises det til ordførerens uttalelse i brev av 26.03.04 der det bl.a. heter:

«Som leder av og medlem av forhandlingsdelegasjonen i meklingsmøtene med fylkesmannen, har ordføreren vært talsmann for delegasjonen. Vårt mandat var å oppnå et resultat som lå nærmest opp til det forslaget kommunen hadde utarbeidet. Det var aldri uttalt dissens i våre forbedringer eller opptreden i selve meklingen. Det er derfor ikke hold i insinuasjonene om at ordføreren har opptrådt på vegne av egne interesser.»

Fylkesmannen er ikke kjent med at det under meklingen eller den etterfølgende behandling av kommuneplanen i kommunestyret ble reist innsigelser til ordførerens rolle/habilitet.

Kommuneplanens arealdel ble vedtatt av --- kommunestyre 26.06.00, sak 49/00, (18 mot 5 stemmer).

Fylkesmannen finner med bakgrunn i ovennevnte ikke grunnlag for å endre sin vurdering av habilitetsspørsmålet ved behandlingen av kommuneplanens arealdel.»

Klagernes advokat kom med merknader og påpekte bl.a. at klagerne hadde påtalt inhabilitet under saksbehandlingen så snart det ble anledning til det.

Fylkesmannen kom tilbake til saken i nytt brev.

I mitt avsluttende brev hadde jeg bl.a. følgende merknader:

«Inhabilitetsansførselen

Det er i saken også reist spørsmål om habiliteten til tidligere ordfører A både når det gjelder reguleringsplanvedtaket og den forutgående kommuneplanbehandlingen.

A er etter det opplyste svigersønn til B. B er eier av reguleringsplanen for hyttefelt ved ---, som medfører tildeling av 13 nye hyttetomter på eiendommen ---. Fra klagerens side er det henvist til at kommuneplanbehandlingen ga mulighet for hyttetomter sør for elva ---. Dette igjen ga B mulighet til en tomtedeling som også var viktig for å finne en løsning på gårdsdelingen mellom ham og broren, ---. B har i lang tid hatt rett til en fjerdepart av gården, og brød-

rene har i mange år arbeidet med å finne en løsning på gårdsdelingen.

Når det gjelder reguleringsplanen, er det opplyst at A fratradte ved avstemningen i kommunestyret. Fylkesmannen har lagt til grunn at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil her. Jeg forstår det slik at det først og fremst er As deltakelse i kommuneplanbehandlingen inhabilitetsinnsigelsen knytter seg til. En eventuell inhabilitet for ordføreren i kommuneplanbehandlingen vil etter klagernes mening måtte få betydning for gyldigheten av reguleringsplanen.

Det er i kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 40 gitt regler om habilitet for folkevalgte. Det fremgår innledningsvis av bestemmelsens nr. 3 at reglene i forvaltningsloven kap. II gjelder med noen særregler (bestemmelsens nr. 3 bokstav a, b og c). Når det gjelder As henvisning til særregelen i bokstav b, bemerker jeg at denne særregelen etter ordlyden gjelder for «kommunalt og fylkeskommunalt ansatte» som i denne egenskap har medvirket bl.a. ved tilretteleggelsen av grunnlaget for en avgjørelse.

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 6, jf. § 10 fastsetter når en offentlig tjenestemann eller enhver annen som utfører tjeneste for et forvaltningsorgan er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak. 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. I tillegg skal habilitetsreglene fremme tilliten til forvaltningen.

Fylkesmannen har i svarbrevet hit 8. juni 2004 uttalt seg om habilitetsspørsmålet i forhold til kommuneplanens arealdel, hvor A deltok både ved kommunestyrets behandling 26. juni 2000 av planen samt i de forutgående meklingsmøtene, herunder møtet 25. februar 2000. En eventuell inhabilitet i den foreliggende saken synes å måtte følge av forvaltningsloven § 6 annet ledd, jf. § 10, hvoretter A må anses som inhabil «når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Det fremgår videre av bestemmelsen at det bl.a. skal 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». Videre skal det også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part. At forholdet skal være særegent innebærer at han må være i en situasjon som til en viss grad skiller ham fra situasjonen svært mange er i, uten at det stilles krav om at forholdet er unikt. At vedkommende er én av mange som kan få fordeler av et vedtak i fremtiden, vil ikke utelukke inhabilitet. Vurderingstemaet er for øvrig ikke om avgjørelsen vil kunne innebære en særlig fordel eller ulempe, men om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten.

Dersom en ordfører – eller en som står han nær – har særlige personlige interesser i en sak, vil dette kunne være egnet til å gi inntrykk av å kunne få inn-

flytelse på avgjørelsen. Dermed svekkes også tilliten til forvaltningen. Spørsmålet i den foreliggende saken er om det forelå slike «særegne forhold» som var «egnet til å svekke tilliten» til As upartiskhet og om A derfor ikke skulle ha deltatt under behandlingen av kommuneplanen. Jeg presiserer at kravet er at forholdet må være «egnet til» å gi inntrykk av å være uheldig. Det er ikke nødvendig at vedkommende faktisk har opptrådt partisk.

Som påpekt foran gjelder ikke inhabilitetsbestemmelsene bare i forhold til å treffe avgjørelse i en sak, men også i forhold til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse. Det legges til grunn at meklingsforhandlingene må anses som tilretteleggelse av grunnlag for vedtaket om kommuneplan.

Fylkesmannen har i svarbrev hit uttalt at med bakgrunn i den familietilknytning ordføreren har til grunneier i det aktuelle reguleringsområdet, «ville han på ett tidspunkt i saken måtte anses å være inhabil». Fylkesmannen har imidlertid konkludert med at dette først var ved vedtagelsen av reguleringsplanen. Når det gjelder kommuneplanens arealdel, har fylkesmannen vist til at denne gjelder samtlige eiendommer innenfor kommunens grenser, og at den i større eller mindre grad vil kunne berøre alle kommunens innbyggere. Om meklingssituasjonene, har fylkesmannen bl.a. uttalt at dette var meklinger mellom fylkesmannens miljøvernnavdeling og kommunen i forbindelse med fremsatte innsigelser «til en rekke områder innenfor kommuneplanens arealdel».

Jeg legger til grunn at det var 8 representanter fra kommunen som deltok på det siste meklingsmøtet. A har selv i sin uttalelse vist til at han bare ledet kommunens forhandlingsdelegasjon under meklingsmøtene som ble avholdt. Selv om kommuneplanens arealdel omfatter samtlige eiendommer innenfor kommunens grenser, var det innsigelsene vedrørende areal og antall hyttetomter i fjellplanområdene som var gjenstand for drøfting på meklingsmøtene. Meklingene omfattet i alt 7 fjellplanområder, deriblant --- område. Slik saken er opplyst må jeg legge til grunn at det var kommunen, dvs. ordføreren som leder av delegasjonen, som fremla forslaget som det ble enighet om ved meklingen; 15 tomter sør for elva --- og 15 tomter nord for ---. Jeg forstår det videre slik at meklingen og vedtakelsen av kommuneplanens arealdel medførte at området for hyttebygging ble utvidet i forhold til innsigelsene slik at også reguleringsområdet --- ble avsatt til LNF-område med mulighet for spredt fritidsbebyggelse. Opprinnelig forslag fra innsigelsesmyndigheten var kun 25 tomter nord for ---. Fylkesmannens miljøvernnavdeling aksepterte – etter forslaget fra kommunen – at tomtedelingen ble 30 tomter, fordelt med 15 stk. på hver side av elva ---. Bs forslag til reguleringsplan var allerede fremsatt og kjent for kommunens delegasjon da meklingen fant sted.

Som det fremgår av bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd annet punktum, skal det

også legges vekt på om inhabilitetsinnsigelse er reist av en part. I foreliggende sak, ble inhabilitetsinnsigelse ikke reist før etter at kommuneplanen var ferdigbehandlet. Advokat --- har i brev hit 16. juli 2004 begrunnet dette med at klagerne ikke hadde foranledning til å gjøre dette tidligere.

Etter min mening er det mye som taler for at det i den foreliggende saken forelå slike «særegne forhold» som var egnet til å svekke tilliten til As upartiskhet i saken. I praksis skal det mye til før en kommunestyrerepresentant anses inhabil i forhold til behandlingen av en kommuneplan. Foreliggende sak må imidlertid sies å være spesiell. Selv om kommuneplanen gjelder hele kommunen, må den likevel sies å ha spesielt stor betydning for ordførerens svigerfar. Kommuneplanbehandlingen tok ikke bare stilling til antall hyttetomter, men også til en viss grad til plasseringen av tomtene. Selv om kommuneplanen ikke tok stilling til den nærmere fordelingen av utbyggingstomtene, må det likevel sies å ha vært av stor betydning for reguleringsplanen for --- at det ble enighet under kommuneplanbehandlingen om hyttetomter også sør for ---. Som påpekt i saken, var reguleringsplanen også innsendt og tatt til behandling av kommunen allerede på det tidspunktet forhandlingene pågikk. Jeg har også merket meg opplysningen i notatet 7. desember 2001 fra fagsjef --- hvor det fremgår at ordføreren klart hadde tilkjennegitt at han ville holde en svært «lav profil» i saken. Det er naturlig å forstå dette slik at ordføreren også selv innså at hans deltakelse ville kunne vekke reaksjoner.

Jeg må etter dette be fylkesmannen gå gjennom saken på nytt, og herunder vurdere gyldighetsspørsmålet. Som foran nevnt, mener klageren at meklingsforhandlingene samt kommunestyrets behandling av kommuneplanen må anses som tilretteleggelse av grunnlaget for reguleringsplanvedtaket for ---.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utviklingen i saken.»

66.

Reguleringsplan for Furusjøen hytteområde – reduksjon i antall hyttetomter i forhold til tidligere plan

(Sak 2004–1344)

Klagen gjaldt Fylkesmannen i Opplands stadfestelse av Nord-Fron kommunes vedtak om reguleringsplan for Furusjøen hytteområde. I planen ble antallet hyttetomter redusert i forhold til tidligere plan for samme område. Bakgrunnen for reduksjonen var oppfordringer fra miljøvernmyndighetene, og formålet hovedsakelig hensynet til villreininteressene i området. Klagerens tre hyttetomter var blant de tomtene som ble «tatt ut» av planen.

Ombudsmannen kom til at det ikke var grunnlag for å kritisere kommunen eller fylkesmannen for å

ha brukt fradelingstidspunktet som «avgrensingskriterium» når det ble avgjort hvilke tomter som skulle videreføres i den nye planen, og hvilke som skulle tas ut.

A, B, C og D eier tre hyttetomter som i en reguleringsplan fra 1990 med senere endringer var regulert til hytteområde. De tre tomtene ble tatt ut ved vedtagelsen av den nye planen. A brakte saken inn for ombudsmannen og hevdet for det første at det, i valget mellom ulike måter å redusere antallet hyttetomter på, «bryter med et hevdvunnet rettsprinsipp» å ta ut de tomtene som ble fradelt først. Han sammenlignet med hevdreglene og prinsippet om «først i tid, best i rett». Videre hevdet A at «det som er årsak til reduksjonen i hyttetomter, *hensynet til villreinen*, ikke blir avspeilet i det vedtak som er fattet». For det tredje anførte han at vedtaket innebar en ulovlig forskjellsbehandling fordi kommunen i en sammenlignbar sak hadde lagt vekt på tidspunktet for eiendomsoverdragelsen og ikke fradelingstidspunktet.

Klagen ble forelagt Fylkesmannen i Oppland. I brev herfra ble fylkesmannen, for det første, bedt om å gi en nærmere redegjørelse for hvorfor det ble ansett mest «rettferdig» å ta ut av planen de tomtene som ble fradelt først, men som ennå ikke var bebygd. For det andre ble det vist til klagerens beskrivelse av tomtenes beliggenhet og hytteeiernes bruk av det området villreinen ferdes, og bedt om fylkesmannens kommentar til anførselen om at hensynet til villreinen faktisk ikke ble «avspeilet» i planvedtaket. Til slutt ble det bedt om kommentarer til anførselen om usaklig forskjellsbehandling.

Fylkesmannen bemerket innledningsvis i sitt svar bl.a. at «det er vanskelig å vite hva klagerne egentlig mener når de hevder at kommunens fremgangsmåte ved reduksjon av antall hyttetomter «bryter med et hevdvunnet rettsprinsipp»». Han spurte om de med dette mente at det i reguleringsretten foreligger et rettsprinsipp for hvordan tomtereduksjoner skal foregå, og mente at klagerne i så fall burde «vært i stand til å begrunne dette bedre». Det ble i svaret videre vist til at fylkesmannen i 1997 hadde innsigelse til det planlagte omfanget av utbyggingen på Kvamsfjellet, og at grunnlaget for innsigelsen var daværende Fylkesdelplan for Rondane der hensynet til villreininteressene ble understreket. Fylkesmannen viste videre til at «kommunestyret kan regulere når den finner det formålstjenlig», og at «det alminnelige utgangspunktet er at grunneier og rettighetshavere ikke har krav på kompensasjon for restriksjoner som reguleringsplaner fører med seg». Det ble i den forbindelse vist til plan- og bygningsloven § 32. Fylkesmannen svarte at han «mener at den fremgangsmåten kommunen har valgt med å redusere antall tomter i planområdet, er gjort etter en nøye vurdering basert på faktiske opplysninger for indre de-

ler av Kvamsfjellet/Sørdorpfjellet», et område som ble opplyst å inngå i villreins influensområde. Fylkesmannen presiserte at han ikke kunne se at han hadde «sagt noe om at det anses som «mest rettferdig» å ta denne reduksjon av tomter i planområdet fra de som ble fradelt først slik som antydning av ombudsmannen». Han viste til at kommunestyret etter en grundig gjennomgang hadde fattet «et prinsippvedtak om hvilken fremgangsmåte som skulle følges», og at kommunen ved å endre områdets planstatus hadde opptrådt i samsvar med den plikten som kommunestyret etter plan- og bygningsloven § 27–1 har til å sørge for at planer tas opp til revisjon når forholdene gjør det påkrevet. Videre mente fylkesmannen at kommunen etter en samlet vurdering hadde valgt å ta ut de eldste fradelte tomtene. Siden klagerens tomter ble fradelt for ca. 30 år siden, kunne det etter fylkesmannens oppfatning synes som om det ikke var noe «påtrengende behov fra klagerens side om å få bebygd tomtene». Fylkesmannen understreket at kommunen hadde stått overfor et «vanskelig valg, og at det ikke er en tilfeldig fremgangsmåte som er valgt når det gjelder hvilke tomter som skulle tas ut».

Klagerne kom tilbake til saken. De presiserte at selv om antallet tomter ble redusert med ca. 44, innebar den samme reguleringsplan at det kunne bygges ca. 80 nye hytter i området. Videre viste de til oppdragsmelding 493 «Villreinen i Dovre-Rondane» utarbeidet av NINA-NIKU, som de tolket som at Furusjøen-området ikke er det viktigste. De presiserte at de var enige i at det er viktig å redusere ferdsele inn i villreins leveområde, men at «det er litt drøyt å bruke denne utredningen som argument for å stoppe bygging av 40 hytter i Furusjøen-området» samtidig som man «har godtatt bygging av 80 andre hytter i samme område». De mente at planen åpner for turistutbygging som vil være mer til skade for villreinen enn ferdsele fra private hytter. Videre ble det gjentatt at «det bryter med et hevdvunnet rettsprinsipp, å fjerne byggeretten på de eldste tomtene, mens nyere tomter får beholde byggeretten». Klagerne fastholdt at «først i tid, best i rett» er et anerkjent rettsprinsipp i Norge selv om det ikke er nedfelt i lov, og at «kommunen har utøvd en urimelig skjønnsutøvelse, ved å stryke de *eldste* tomtene».

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. En reguleringsplan er en detaljplan som regulerer grunnutnyttningen i et bestemt område i en kommune, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 22. Ved utarbeidelsen av en reguleringsplan vil det måtte foretas brede skjønsmessige vurderinger av den grunnutnyttelsen som totalt sett finnes mest formålstjenlig og ønskelig for vedkommende område. Det ligger i sakens natur at det må foretas en av-

veining av ulike og motstridende interesser, og at lokalpolitiske vurderinger må tillegges stor vekt. Foreliggende sak er et typisk eksempel på dette.

Det klare utgangspunktet er at reguleringsmyndighetene står fritt til å oppheve et reguleringsvedtak slik at en plan ikke lenger har rettsvirkninger. Reguleringsmyndighetene står også fritt til å endre en plan slik at den gis et annet innhold. I saken her ble tidligere reguleringsplan for Furusjøen hytteområde fra 1990 opphevet og erstattet av en ny plan for samme område ved vedtak i Nord-Fron kommunestyre 27. september 2001. Planen ble stadfestet av Fylkesmannen i Oppland i vedtak 23. september 2002.

Det gjelder en viktig begrensning i denne «frie regulerings-/endringsretten». De hensynene som blir vektlagt må være saklige ut fra reguleringsmessige formål. Hensikten med den undersøkelsen som ble iverksatt herfra var nettopp å klarlegge om de hensynene kommunen hadde vektlagt ved avgjørelsen av hvilke hyttetomter som ikke skulle videreføres i den nye planen var saklige og begrunnet ut fra reguleringsmessige formål.

Jeg kan, i likhet med fylkesmannen, ikke se at det i reguleringsretten generelt gjelder et prinsipp om «først i tid, best i rett» eller lignende. Som et utgangspunkt er det derfor neppe noe rettslig til hinder for å legge vekt på tidspunktet for fradeling av den enkelte hyttetomt ved avgjørelsen av om den skal videreføres i ny plan. Dersom kommunestyret mener det er mer rettferdig å oppheve hyttetomtstatusen fra de eiendommene som har vært fradelt lengst, men som fremdeles er ubebygde, må dette kunne aksepteres. Et slikt avgrensningskriterium er neppe usaklig. Kommunen vil, som fylkesmannen har understreket, ofte stå overfor vanskelige valg når den nærmere arealutnyttelsen skal fastlegges, og de fleste kriterier for utvelgelse vil føles mindre rettferdige for dem som rammes negativt av dem. Det omvendte utgangspunkt, at de som nylig har fått fradelt hyttetomter skulle tas ut, ville for disse oppleves vel så urettferdig samtidig som fradelingsvedtaket ofte vil kunne ha skapt forventninger om en rett til å få bygge. Selv om slike faste/strengte kriterier på den ene siden kan oppleves som urettferdige og firkantede, vil de på den annen side, ved at ikke så mye overlates til skjønn, kunne bidra til å unngå anførsler om usaklig forskjellsbehandling. Etter de undersøkelser som nå er gjort, er mitt hovedinntrykk at kommunen har foretatt en grundig gjennomgang av hele planområdet med sikte på å finne en hensiktsmessig og mest mulig rettferdig fordeling av hyttetomter.

2. Det har også vært undersøkt om vedtaket kan ha vært usaklig motivert fordi formålet med planen ikke ivaretas. Klagerne mener at tomtenes plassering og den bruk hytteeierne gjør av det området villreinen ferdes i ikke kommer i konflikt med villreineressene. Fylkesmannen har et avvikende syn på dette. Jeg har ikke mulighet til å overprøve fylkesmannens vurdering. Som fylkesmannen er inne på, kan det vel være rom for delte meninger om i hvil-

ken grad miljøverninteresser generelt og hensynet til villreinen spesielt gjør seg gjeldende i de ulike områdene som omfattes av planen. Uansett vil vel en reduksjon av antall hyttetomter fra ca. 120 til ca. 80 føre til en reduksjon av trafikken i dette området.

3. Klagerne har anført at det er i strid med likebehandlingsprinsippet at deres tomter ble tatt ut av planen samtidig som gnr... bnr... ble tatt inn i planen (etter klage fra hjemmelshaver). Kommunen skal i referansesaken ha lagt vekt på tidspunktet for eiendomsoverdragelsen, og ikke fradelingstidspunktet, ved avgjørelsen om at tomta skulle tas med i den nye planen. Etter en privat avtale skal kommunen i sak... ha akseptert at E overførte tillatelsen til å bygge på sin tomt gnr... bnr.... til F's tomt gnr... bnr... som etter det opplyste skal ha blitt overtatt av klagerne i 1994. Fylkesmannen har opplyst at referansesaken ikke har vært gjenstand for vurdering eller klagebehandling der, og følgelig heller ikke anførselen om usaklig forskjellsbehandling. Ombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende. Jeg finner det derfor mest hensiktsmessig at spørsmålet om eventuell forskjellsbehandling i første omgang vurderes av forvaltningen selv. Jeg ber om å bli holdt orientert om hvordan saken følges opp videre.»

67.

Bygningsmyndighetenes adgang til å dispensere fra reguleringsplan med formål småbåthavn til industri – inhabilitet

(Sak 2004–1920)

Saken gjaldt bygningsmyndighetenes adgang til å dispensere fra reguleringsplan med formål småbåthavn til industri. Fylkesmannen og Miljøverndepartementet konkluderte med at omdisponering til industriformål innebar en vesentlig endring av gjeldende reguleringsplan. Begge instanser viste imidlertid til at arealbruken det var gitt dispensasjon til var den samme som kommunen har lagt til grunn i utkast til ny reguleringsplan for området, og fant derfor ikke grunnlag for å omgjøre dispensasjonsvedtaket.

Ut i fra anleggets størrelse og virkningene for området rundt mente ombudsmannen at omdisponeringen ikke burde blitt behandlet som en dispensasjonssak, men skulle vært behandlet som en vesentlig reguleringsendring, med de krav dette medfører til saksbehandling. At omsøkte formål var foreslått i en ikke vedtatt reguleringsplan var ikke tilstrekkelig for å avhjelpe at saken ikke ble behandlet som en reguleringsendring. Ombudsmannen mente også at lederen for det kommunale hovedutvalget var inhabil ved behandlingen av dispensasjonssaken og stilte spørsmål om vedtaket var gyldig.

Saken gjaldt dispensasjon fra reguleringsplan for omdisponering av to eiendommer fra småbåthavn til

industriområde, samt rammetillatelse for utfylling i sjø, bygging av kai og oppføring av industribygg på samme eiendommer.

Dispensasjonssaken

Et industriforetak søkte om omdisponering av et område sør for småbåthavna i Vikevåg fra småbåthavn til næringsformål, for oppføring av næringsbygg. Hovedutvalg for miljø og utvikling i Rennesøy kommune ga dispensasjon for omdisponering av eiendommene gnr. 18, bnr. 45 og parsell av bnr. 1. Vedtaket ble påklaget av to naboer til eiendommene som ble søkt omdisponert, men Hovedutvalg for miljø og utvikling opprettholdt dispensasjonsvedtaket. Fylkesmannen i Rogaland endret kommunens vedtak slik at det ble gitt tillatelse til omdisponering til industriformål. Den ene av naboene – heretter kalt «klageren» – ba Miljøverndepartementet om å omgjøre fylkesmannens vedtak, men begjæringen ble ikke tatt til følge.

Byggesaken

Hovedutvalget ga rammetillatelse for utfylling i sjø, bygging av kai og oppføring av industribygg på den omdisponerte tomta. De to naboene påklaget godkjenningen, men hovedutvalget opprettholdt sitt tidligere vedtak, som med visse tillegg også ble stadfestet av fylkesmannen. Klageren ba Miljøverndepartementet om å omgjøre også dette vedtaket, men anmodningen ble ikke tatt til følge.

I sin henvendelse til ombudsmannen anførte klageren at tiltaket var så omfattende at en eventuell godkjenning forutsatte endring av reguleringsplanen og at tillatelse ikke kunne gis ved en dispensasjon. Uansett mente han at det ikke forelå «særlige grunner» etter plan- og bygningsloven § 7 for å dispensere fra reguleringsplanen da kommunen behandlet saken. Klageren var kritisk til at Miljøverndepartementet tilla det faktum at arealbruken som ble godkjent ved dispensasjonen senere ble foreslått i utkast til ny reguleringsplan avgjørende betydning for at dispensasjonsvedtaket var gyldig. Videre hevdet han at lederen av Hovedutvalg for miljø og utvikling, grunnet sin tilknytning til selger av eiendommene hvor bygget var søkt oppført, var inhabil og skulle fratrudd behandlingen.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og fylkesmannen ble bedt om en nærmere redegjørelse for hans vurdering av habiliteten til lederen av Hovedutvalg for miljø og utvikling, samt hvilke konsekvenser en eventuell inhabilitet ville få. Det ble så vist til at Miljøverndepartementet konkluderte med at den foretatte dispensasjonen fra reguleringsplanen innebar en vesentlig endring av gjeldende plan, men at en omgjøring av dispensasjonsvedtaket ikke ville endret klageren sin situasjon idet den arealbruken som fulgte av dispensasjonen var i samsvar med den arealbruken som var lagt til grunn i

kommunens utkast til ny reguleringsplan for Vikevåg sentrum. Klageren fremholdt derimot at nærings- og utviklingssjefen i telefonsamtale skulle ha opplyst at bakgrunnen for endringen av reguleringsplanen var ønsket om å bringe denne i samsvar med dispensasjonsvedtaket (den faktiske bruk av området), og fylkesmannen ble bedt om å kommentere klagerens påstand. Dersom det ble lagt til grunn at han hadde rett i sine anførsler på dette punktet, ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for konsekvensene av den saksbehandlingsfeilen som det ble anført var begått da det ble gitt dispensasjon fra reguleringsplanen.

Vedrørende spørsmålet om utvalgslederens habilitet svarte fylkesmannen:

«Rennesøy kommune har uttalt seg. Vi forstår det slik at administrasjonen også har underrettet utvalgslederen, A om brevet. Det pekes på at spørsmålet om omdisponering av eiendommen fra småbåthavn til næring ble reist før industriforetaket kjøpte tilleggsareal fra søstersønn til A, B. Fylkesmannen vil bemerke at det av kommunens saksfremstilling framgår at gnr. 18 bnr. 45 på dette tidspunkt var kjøpt av industriforetaket, mens det var inngått kjøpekontrakt vedrørende gnr. 18 bnr. 1. Selger av sistnevnte eiendom var B. Klageren påberopte i klagen at A var inhabil. Rett behandling av klagen skulle vært at A fratrudd mens utvalget tok stilling til spørsmålet om inhabilitet, jf fvl § 8. A var i alle fall inhabil når det gjaldt dette spørsmålet. Undertegnede har vært i telefonisk kontakt med A. Han opplyser at han selv reiste spørsmålet om habilitet i det første møtet. Dette ble ved en feil ikke protokollert. A forteller også at det ikke ble øvet noe påtrykk overfor ham fra B. Hans aktivitet i saken var motivert ut fra ønsket om å skaffe kommunen ny næringsvirksomhet.

Fylkesmannen opplever det slik at Rennesøy kommune generelt er aktive når det gjelder å skaffe nye arbeidsplasser. Dette er kommunens offisielle politikk. Den bekymring kommunen gir uttrykk for i purebrevet for at prosjektet ikke vil kunne realiseres er typisk i så måte. At kommunen ønsker å fremme næringspolitiske målsettinger er ikke ensbetydende med at det foreligger inhabilitet. Fylkesmannen har ikke kjennskap til at enkeltpersoner under saksbehandlingen prøvde å fremme egne, eller slektningers, personlige økonomiske interesser.»

Når det gjaldt virkningen av en eventuell inhabilitet hos utvalgsleder, svarte fylkesmannen at han ikke kunne se at eventuell fratredelse fra utvalgslederens side på grunn av inhabilitet, automatisk ville ført til endret utfall av saken, idet første vedtak ble truffet med sju mot to stemmer og det siste vedtaket var enstemmig. Hva angikk spørsmålet om dispensasjonsvedtakets binding av den pågående reguleringsprosessen, svarte fylkesmannen:

«Det synes å være riktig at dispensasjonsvedtaket ble truffet før kommunen tok stilling til reguleringsprosessen på ny. Fylkesmannen har i klageavgjørelsen gitt en begrunnelse for at det

foreligger særlige grunner, som avviker fra kommunes tidligere begrunnelse. Fylkesmannen foretar en selvstendig vurdering av saken i klageomgangen og vil i den forbindelse kunne gi en selvstendig begrunnelse for det vedtak som treffes. Dispensasjon skal normalt ikke gis med mindre tiltaket er av midlertidig karakter eller tilsvarende en mindre vesentlig endring av reguleringsplanen. Større endringer av varig karakter bør gjøres gjennom planendring, bl.a. for å sikre at de aktuelle investeringene også kan nyttiggjøres i fremtiden. Selv om den aktuelle dispensasjonen tilsvarte en vesentlig planendring kunne den aksepteres, nettopp fordi den i framtiden sannsynligvis ville inngå i reguleringsplanen for området. Den aktuelle planprosessen var dessuten svært omfattende og tidkrevende, slik at en ikke kunne forvente at den aktuelle bedriften skulle vente på en ferdig plan. Det ideelle ville selvsagt vært at planene ble laget før etableringene skjedde, også av hensyn til ønsket om offentlighet rundt prosessene. Det kan likevel ikke kalles en saksbehandlingsfeil at det, ut fra ulike samfunnsinteresser, gis til dels omfattende dispensasjoner under en langvarig planprosess. Det kan også tenkes at slike dispensasjoner får innvirkning på den videre planutforming, uten at heller ikke dette kan kalles en saksbehandlingsfeil. Vi viser i denne sammenheng til Miljøverndepartementets kommentarer.»

Klageren hadde merket seg at fylkesmannen etter å ha konferert med utvalgsleder, la vedkommendes versjon til grunn for å konkludere med at vedkommende ikke var inhabil. Etter hans vurdering måtte forvaltningslovens regler om habilitet gjøres gjeldende uavhengig av om et forvaltningsorgan får bekreftet av involverte i behandlingen at vedkommende forsøkte å fremme egne eller nær families personlige interesser. Videre understreker klageren igjen at dispensasjonen for omdisponering fra småbåthavn til industri, var for omfattende og inngripende til at dette kunne gjøres ved dispensasjon. Han mente det var påfallende klart hvordan dispensasjonsvedtaket i denne saken hadde styrt videre planprosess, ikke omvendt. I denne sammenheng viste han særlig til kommunens opplysninger i brev til Miljøverndepartementet, hvor kommunen skrev: «Kommunen mener seg forpliktet til å gi området den status som fremgår av Fylkesmannens vedtak da dispensasjon ble gitt, og vil fremme reguleringsplanforslaget i tråd med dette.» Klageren anførte at det ikke burde være slik at den tid planprosessen tar bl.a. på grunn av reglene om medvirkning, blir brukt som et argument for å velge raske unntaksløsninger også i vesentlige saker fordi beslutningstakerne ikke finner tid til å ta med seg de sløfene i prosessen som er tiltenkte parters og allmennhetens medvirkning.

Fylkesmannen svarte:

«Reguleringsplan for området er nå vedtatt, uten at klageren har påklaget denne. På denne bakgrunn kan vi vanskelig se at en ev. omgjøring av dispensasjonsvedtaket, i dag ville kunnet føre

til et endret faktisk resultat. Vi vedlegger et utsnitt av vedtatt reguleringsplan. Formålet «privat båtanlegg land» som er vist sør for kontor/industriområdet må vurderes i forhold til reguleringsbestemmelsene. Kommunen v/plansjefen har muntlig opplyst at det ikke er en forutsetning i planen at denne bukten skal kunne fylles igjen.»

Klageren reagerte på at fylkesmannen etter å ha avskåret dem fra påvirkning i planprosessen, gjør et poeng av at de ikke påklaget reguleringsplanen. Han viste i denne sammenheng til at de hadde forsøkt å komme med innspill i høringsrunden.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«1. Utvalgsleders habilitet

Industribygget er plassert på eiendommene gnr. 18 bnr. 45 og en parsell av bnr. 1 i Rennesøy kommune. Søstersønn av leder av Hovedutvalg for miljø og utvikling eide ved utvalgets første behandling av dispensasjonssøknaden parsellen bnr. 1, men det var inngått avtale med utbygger om kjøp av arealet.

Klageren har anført at utvalgslederen var innhabil, og viste bl.a. til at området i utgangspunktet lå helt under vann og at det ikke hadde noen nevneverdig verdi uten at det ble fylt ut og utbygget. Området var etter hans mening ikke egnet til småbåthavn da en under svært grunt vann støtte på fast fjell. Klageren opplyste også at grunneieren to ganger hadde kontaktet ham og uttrykt seg kritisk til hans innvendinger mot kommunens saksbehandling.

Fylkesmannen mente imidlertid at utvalgsleders tilknytning ikke var tilstrekkelig nær i dette tilfellet til at han var inhabil ved behandlingen av saken. Det fremgår at fylkesmannen la særlig vekt på at det ikke var grunneier som var søker og ville bli tilgodesett ved vedtaket. At vedtaket innebar gunstigere pris for arealet var etter fylkesmannens vurdering et for hypotetisk synspunkt til å slå fast at det forelå slike «særegne forhold» som tilsa at utvalgsleder måtte vike sete.

Så vidt jeg kan se, medfører ikke plan- og bygningsloven § 15 eller kommuneloven § 40 at det gjelder særlige inhabilitetsregler for kommunens behandling av saken. Etter de alminnelige regler i forvaltningsloven § 6 første og annet ledd er en offentlig tjenestemann ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelsen i en sak:

- «a) når han selv er part i saken;
- b) når han er i slekt eller svogerskap med en part i opp- eller nedstigende linje eller i side-linje så nær som søsken;
- c) når han er eller har vært gift med eller er forlovet med eller er fosterfar, fostermor eller fosterbarn til en part;
- d) når han er verge eller fullmektig for en part i saken eller har vært verge eller fullmektig for en part etter at saken begynte;

- e) når han leder eller har ledende stilling i, eller er medlem av styret eller bedriftsforsamling for, et selskap som er part i saken og ikke helt ut eies av stat eller kommune, eller en forening, sparebank eller stiftelse som er part i saken.

Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal 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. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.»

Inhabilitetsreglene skal etter sitt formål sikre upartiskhet ved at forvaltningens avgjørelser blir truffet av uavhengige personer som ikke selv eller har nærstående med særlige interesser i at saken får et bestemt utfall. Foruten å sikre at avgjørelsene blir fattet på et saklig grunnlag, skal habilitetsreglene også fremme tilliten til forvaltningen og dens avgjørelser. Dersom en tjenestemann eller et medlem av et kollegialt organ har særlige, personlige interesser i sakens utfall, vil det bevisst eller ubevisst og på en uheldig måte kunne få innflytelse på det standpunkt som blir tatt i saken. Dermed svekkes også tilliten til forvaltningen. På den annen side må det også sees hen til at forholdene i et lokalmiljø kan være små og forbindelsene tette, og at dette må aksepteres til en viss grad hvis lokaldemokratiet skal kunne fungere. Forholdene vil imidlertid i slike tilfeller ofte være oversiktlige.

Tilknytningen mellom utvalgslederen og søstersønnen (onkel – nevø) er ikke så nær at slektskapet kommer inn under de ubetingede inhabilitetsgrunnene i forvaltningsloven § 6 første ledd. Utgangspunktet er da at det ikke foreligger inhabilitet alene ut fra den familietilknytning som forelår mellom utvalgslederen og selger. Spørsmålet er likevel om det etter forvaltningsloven § 6 annet ledd forelår særegne forhold som var egnet til å svekke tilliten til utvalgslederens upartiskhet og om han derfor skulle ha fra-trådt under behandlingen av saken.

I den helhetsvurdering som må foretas etter forvaltningsloven § 6 annet ledd, må det bl.a. sees hen til ovennevnte hensyn og formål. For øvrig vil sentrale momenter i vurderingen være hvor store mulige fordeler, eventuelt ulemper, som foreligger og hvor nærliggende det er at disse kan bli aktuelle. Det må dessuten sees hen til som et moment i vurderingen hvor nær forbindelsen er med vedkommende som måtte få fordeler eller ulemper av et bestemt utfall av saken.

Grunneieren hadde, slik det fremgår ovenfor, inngått en avtale med utbygger om kjøp av den aktuelle parsellen. Videre skal grunneier også ha levert masse til utbyggingen. På bakgrunn av den beskri-

velse som er gitt av parsellen, fremstår det som sannsynlig at parsellens verdi økte ved at eiendommen kunne selges som industritomt. Selv om grunneieren ikke var part i dispensasjonssaken, ville derfor en dispensasjon kunne medføre en «særlig fordel» for utvalgslederens søstersønn. Sentralt for den videre habilitetsvurderingen vil derfor være hvilken eller hvor nær tilknytning det var mellom utvalgslederen og hans søstersønn.

Den skjønnsmessige bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd har vist seg vanskelig å anvende i praksis. Det har derfor vært vurdert å endre bestemmelsen. I denne forbindelse ble det i Ot. prp. nr. 3 (1976–1977) side 61 særlig vurdert å utvide innhabilitetsreglene i § 6 første ledd til også å gjelde søskenbarn:

«a. Tjenestemannens tilknytning til saken eller til partene fører ikke automatisk til ugildhet dersom den ikke er av en slik art som nevnt i § 6 første ledd. En tjenestemann er derfor ikke uten videre inhabil av den grunn at han er søskenbarn til en part i saken. Om ugildhet inntreffer her, må derfor vurderes i samsvar med § 6 annet ledd. Dersom tjenestemannen ikke har personlig kontakt med det søskenbarn som er part, kan han vanligvis behandle og avgjøre saken på vanlig måte. Men har de personlig omgang – f.eks. familiesammenkomster med jevne mellomrom – kan det være tilstrekkelig til at tjenestemannen må fratres.

Departementet har vurdert om opprekningen av slektskapsforhold i første ledd bokstav b burde utvides til å gå så langt som til søskenbarn. I praksis vil nok en tjenestemann ofte være ugild til å behandle saken hvor hans søskenbarn er part, og om det ble gjort til en absolutt ugildhetsregel, kunne man kanskje spare enkelte av de skjønnsmessige vurderingene man må foreta etter § 6 annet ledd. Som kjent er en dommer inhabil etter domstolsloven § 106 nr. 2 dersom hans søskenbarn er part, og samme regel er tatt opp i visse særlover i forvaltningsretten.

Departementet er likevel kommet til at det ikke er gode nok grunner til å foreslå en slik lovendring.»

Onkel – nevø er en noe annen situasjon enn forholdet mellom søskenbarn. Samtidig er det et ledd nærmere i slekstilknypning enn søskenbarn. Det som generelt er fremholdt fra departementet vedrørende vurderingen av tilknytningen mellom søskenbarn vil derfor også kunne gjøres gjeldene i saker som gjelder forholdet onkel – nevø, som i saken her.

Jeg er ikke kjent med hvilken kontakt utvalgslederen og hans nevø har hatt. Det foreligger ikke opplysninger om at det har vært spesielt lite eller mye familiekontakt mellom dem, og ut fra de undersøkelser som har vært gjort herfra, er det nærliggende å legge til grunn at de hadde en «normal» kontakt ved f.eks. å møtes ved enkelte familiebegivenheter o.l. Ut i fra en antatt ikke ubetydelig økonomisk interesse for grunneier i omdisponeringen av arealbruken fra småbåthavn til industriområde, at slektskapsfor-

holdet mellom utvalgslederen og søstersønnen ligger forholdsvis tett opp til en familietilknytning som ubetinget ville medført inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 første ledd samt det forhold at inhabilitetsinnsigelsen var reist av klageren som part i saken, mener jeg utvalgslederen var inhabil og burde fra-trådt ved behandlingen av dispensasjonssaken.

Etter forvaltningsloven § 41 er dispensasjonsvedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at saksbehandlingsfeilen i form av inhabilitet ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Det sentrale ved vurderingen etter forvaltningsloven § 41 er hvor sannsynlig det er at feilen har påvirket saksutfallet. Selv om det her ble truffet vedtak med et klart flertall, er det vanskelig å se det annerledes enn at utvalgslederens syn kan ha påvirket de andre medlemmene i utvalget og således resultatet av avstemningene. Hovedutvalg for miljø og utvikling er et relativt lite kollegialt organ, hvor den enkeltes meninger kan få stor betydning for gruppens syn. Videre er det nærliggende at rollen som utvalgsleder ga ham og hans syn ytterligere autoritet. På denne bakgrunn kan jeg vanskelig se bort i fra at feilen som ble begått ved at utvalgsleder ikke fra-trådte ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Vedtaket er derfor ikke uten videre likevel gyldig etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 41.

Det forhold at vedtaket ikke er gyldig etter forvaltningsloven § 41 er ikke ensbetydende med at vedtaket er ugyldig. Etter sikker rett skal ikke regelen i forvaltningsloven § 41 fortolkes antitetisk. Hvorvidt et vedtak er ugyldig som følge av denne typen saksbehandlingsfeil, eventuelt også av andre grunner, beror i en situasjon der det er parter med ulike og til dels motstridende interesser involvert, som regel på en noe bredere helhetsvurdering. I alle tilfeller vil det forutsettes at det først blir foretatt en vurdering om eventuelle saksbehandlingsfeil er reparert i den påfølgende saksbehandling.

Som det vil fremgå nedenfor, er det mye som tyder på at byggetiltaket nå ikke er i strid med senere vedtatt reguleringsplan. I tillegg vil et ugyldig dispensasjonsvedtak i utgangspunktet kunne få store konsekvenser til skade for utbygger i denne saken. Det vil med styrke tale mot å anse vedtaket som ugyldig. Fylkesmannens behandling av inhabilitets-spørsmålet, som også Miljøverndepartementet sluttet seg til, er etter mitt syn imidlertid egnet til å svekke tilliten til forvaltningen. Forholdet må kritiseres.

2. Dispensasjon fra reguleringsformål småbåthavn for oppføring av industribygg

a)

Hovedutvalg for miljø og utvikling dispenserte fra da gjeldende reguleringsplan og reguleringsformålet småbåthavn, til næringsformål for oppføring av næringsbygg. Vedtaket ble stadfestet av fylkes-

mannen med den endring at det ble gitt tillatelse til omdisponering til industriformål.

Hovedspørsmålet er om tiltaket var av et slikt omfang og trolig ville gi så store virkninger for omgivelsene at tillatelse til omdisponering ikke kunne gis ved en dispensasjon, men forutsatte endring av reguleringsplan.

Miljøverndepartementet og nå også fylkesmannen, har konkludert med at omdisponering til industriformål innbar en vesentlig endring av gjeldende reguleringsplan. Begge instanser viste imidlertid til at arealbruken det ble dispensert til var den samme som kommunen har lagt til grunn i utkast til ny reguleringsplan for området, og fant derfor ikke grunnlag for å omgjøre dispensasjonsvedtaket.

Jeg har ikke vesentlige innvendinger mot den generelle redegjørelsen fylkesmannen har kommet med under undersøkelsene av saken herfra. Derimot er jeg kritisk til om dette ut fra de konkrete faktiske forhold i saken gir grunnlag for de konklusjoner fylkesmannen synes å trekke:

En reguleringsplan er en detaljplan med tilhørende bestemmelser som regulerer utnyttning og vern av grunn, vassdrag, sjøområder, bebyggelse og det ytre miljø i bestemte områder i en kommune, jf. plan- og bygningsloven § 22. Hensikten med en reguleringsplan er å fastsette i detalj hvordan grunnen innenfor planen skal nyttes eller vernes. Det er ikke tillatt å sette i verk nærmere angitte nye byggetiltak og anlegg i strid med planen, foreta bruksendring i strid med planen, gjennomføre fradeling i strid med planen, eller sette i verk annen virksomhet eller andre tiltak som kan vanskeliggjøre gjennomføringen av, eller formålet med, planen, jf. plan- og bygningsloven § 31.

Gjeldene reguleringsplan vil likevel kunne fravikes ved dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 eller ved at planen endres etter reglene i plan- og bygningsloven § 28–1. Om et tiltak kan gjennomføres ved dispensasjon fra reguleringsplan eller om kommunen må endre planen, må bl.a. vurderes ut fra tiltakets omfang og dets virkninger for området rundt. Etter plan- og bygningsloven § 23 nr. 1 annet punktum kan det ikke gis tillatelse til større bygge- og anleggsarbeider før det foreligger reguleringsplan.

Bakgrunnen for at det i plan- og bygningsloven skilles mellom de ulike fremgangsmåtene, er bl.a. at endringer som får stor betydning for andre i området, bør gis en bred og grundig behandling, hvor alle berørte gjøres kjent med forslaget og også får mulighet til å komme med synspunkter.

I Ot. prp. nr. 56 (1984–1985) side 101 står det om dispensasjoner etter plan- og bygningsloven § 7:

«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.[---]»

Litt lenger ned på samme side står det:

«[---]Ut i 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.»

Miljøverndepartementet uttalte i rundskriv T-5/84 følgende om forholdet mellom dispensasjon og endring av reguleringsplan:

«Dispensasjon etter § 7 vil etter dette være mest aktuell ved midlertidige og tidsbestemte unntak fra reguleringsplan, og for å så vidt også ved varige unntak hvor det likevel ikke anses ønskelig å endre selve reguleringsplanen. Hvis man ser bort fra midlertidige og tidsbestemte unntak bør det normalt ikke gis dispensasjon etter § 7 for så omfattende avvik fra planen at de går utenfor rammen av hva som kan karakteriseres som «mindre vesentlig endring» etter bygningslovens § 28. Det normale i en slik situasjon må være at saken blir behandlet som en ordinær reguleringsendring etter bygningslovens § 28 nr. 1.»

Om grensdragningen mellom mindre vesentlige endringer og vesentlige endringer skriver Miljøverndepartementet i rundskriv T 1226 side 97:

«Viktige forutsetninger for å gjennomføre planen skal ikke forandres nevneverdig dersom endringen skal kunne behandles som «mindre vesentlig». Endring av reguleringsformål og endring i planens funksjonelle innhold, f.eks. ved å utelate et reguleringsformål betraktes som regel som en vesentlig endring, mens mindre justeringer av formålsgrenser vil være mindre vesentlige endringer. Reglene for behandling finnes i plan- og bygningsloven § 28–1. Dersom det faste planutvalget er i tvil om endringen er vesentlig, bør saken behandles som vesentlig etter § 28–1 nr. 1.

Det samme kan være hensiktsmessig dersom endringene tydelig vil føre til konflikt mellom ulike interesser.[---]»

I utgangspunktet kan det være riktig å legge en viss vekt på at kommunen kan ha sett det som sterkt ønskelig å raskest mulig legge til rette for ny industri. Etablering av ny industri vil likevel i sin alminnelighet ikke i seg selv tilsi en adgang til å gi dispensasjon fra reguleringsplanens ulike arealformål. Dispensasjonen fra småbåthavn til industriområde er en endring av reguleringsformål og vil normalt måtte anses som en vesentlig endring. Slik det også påpekes i forarbeidene, bør endringer av betydning ikke skje ved dispensasjon. Dette må som nevnt gjelde selv om plan- og bygningsrådet finner det hensiktsmessig å umiddelbart endre arealbruksformål, og

selv om utbygger og utvalget ønsker en rask avgjørelse.

Ser en på bygget og det øvrige anleggets størrelse og de sannsynlige virkningene for området rundt, bl.a. økt trafikk av større kjøretøy og båter, lukt, støv og utsiktstap, mener jeg det er nokså klart at omdisponeringen til industriområde og oppføring av industribygget ikke burde behandles som en dispensasjonssak, men skulle vært behandlet som en vesentlig endring av reguleringsplanen, med de krav dette medfører til saksbehandling.

Både fylkesmannen og Miljøverndepartementet har konkludert med at selv om omdisponeringen medførte en vesentlig endring og i utgangspunktet skulle vært behandlet som en reguleringsendring, var det på bakgrunn av at området i utkastet til ny reguleringsplan var avsatt til industriområde, ikke grunnlag for å omgjøre dispensasjonen.

Jeg kan ikke slutte meg til denne vurderingen. Både ved fylkesmannens og departementets behandling forelå bare et utkast til plan og det forelå ingen garantier for at kommunestyret ville vedta planen. En ikke vedtatt reguleringsplan kan ikke avhjelpe manglene ved et, på den tid antagelig ikke gyldig, dispensasjonsvedtak.

På bakgrunn av ovenstående må fylkesmannens og departementets behandling av denne saken kritiseres.

b)

Reguleringsplanen for Vikevåg ble vedtatt i kommunestyret i mai 2003 og den aktuelle eiendommen ligger her i et område avsatt til «Kombinert. Formål. Kontor/Industri.»

Som påpekt av klageren, er det uheldig at et antagelig ugyldig dispensasjonsvedtak, har styrt den etterfølgende planprosessen. Jeg har imidlertid ikke holdepunkter for å legge til grunn at behandlingen av den nå vedtatte reguleringsplanen ikke har fulgt plan- og bygningslovens regler eller at det på annet grunnlag kan stilles spørsmål om planen er gyldig.

I de tilhørende reguleringsbestemmelsene står det om område N10 hvor industribygget er plassert:

«8.4 Område N10

Området er avsatt til formålet kontor/industri. Eksisterende bebyggelse fastsetter rammene for byggehøyde og videre utnyttelse av tomten mot vest. Området er godkjent med en eksisterende boenhet.

Tillatt bebygd areal (BYA) er 50 % og maksimal gesimshøyde 6,5 meter. Areal avsatt til parkering skal dekke virksomhetens eget behov, inkludert 1,5 parkeringsplasser pr. eksisterende boenhet.»

Det aktuelle industribygget er således i overensstemmelse med gjeldende reguleringsplan og tiltaket vil ved en ny søknad kunne oppføres slik det nå står. Jeg finner det derfor lite hensiktsmessig å be fylkes-

mannen om å vurdere saken på nytt. På bakgrunn av de saksbehandlingsfeil som synes å være begått, vil jeg likevel be fylkesmannen om å vurdere hva som kan gjøres for å bøte på den urett som er utøvd mot klageren i denne saken. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av denne vurderingen.»

68.

Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og plan- og bygningsloven § 17–2 for oppføring av to fritidsboliger

(Sak 2004–1311)

Saken gjaldt søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og plan- og bygningsloven § 17–2 for oppføring av to nye fritidsboliger til erstatning for en eldre hytte, jf. plan- og bygningsloven § 7.

Kommunen innvilget søknaden selv om både fylkesmannens miljøvernavdeling og fylkeskommunen hadde frarådet dette. Ingen av de to sektormyndighetene påklaget imidlertid vedtaket. Det gjorde derimot naboene, som hevdet at lovens vilkår for dispensasjon – «særlige grunner» – ikke var oppfylt. Fylkesmannen stadfestet dispensasjonsvedtaket.

Ombudsmannen kom til at saken etterlot «begrunnet tvil» med hensyn til om lovens vilkår for dispensasjon var oppfylt. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.

Fylkesmannen vurderte saken på nytt, men fastholdt at lovens vilkår for å gi dispensasjon var oppfylt. Ombudsmannen foretok deretter en presisering og sammenfatning av sine senere uttalelser vedrørende lovvilkåret «særlige grunner». Etter en konkret vurdering fant han deretter å ville la saken bero med de undersøkelser som var gjort.

Klagerne henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med vedtak fattet av Fylkesmannen i Troms om å stadfeste Salangen kommunens vedtak om å gi tillatelse til riving av eksisterende fritidsbolig på en eiendom i kommunen samt innvilgelse av dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og plan- og bygningsloven (pbl.) § 17–2 (forbud mot bygging og fradeling i 100-metersbeltet langs sjøen) for oppføring av to nye fritidsboliger. Klagen var i hovedsak begrunnet med at det ikke var påvist «særlige grunner», jf. pbl. § 7. Klagerne var naboer til eiendommen.

Saksdokumentene ble innhentet fra Fylkesmannen i Troms, og saken forelagt fylkesmannen. Fra brevet siteres:

«Både fylkesmannens miljøvernavdeling og Kulturetaten ved Troms fylkeskommune frarådet at det ble gitt dispensasjon da de uttalte seg om dispensasjonssøknaden som statlig sektormyndighet. Fylkesmannens miljøvernavdeling mente at tiltaket «ville gi endringer i landskapsbilde og

føre til hindringer for allmennhetens ferdsel langs sjøen», mens fylkeskommunen vektla «hensynet til kulturlandskapet». Ingen av de to sektormyndighetene påklaget imidlertid dispensasjonsvedtaket. Også fylkesmannen legger til grunn at allmennhetens frie ferdsel til en viss grad vil bli negativt påvirket av byggingen, samtidig som han synes å ha lagt relativt stor vekt på at verken miljøvernavdelingen eller fylkeskommunen påklaget vedtaket. Det vises blant annet til vedtaket side 4, 7. avsnitt der det blant annet står at «de hensyn som strandvernet skal ivareta, i liten grad gjør seg gjeldende i denne saken» blant annet fordi «sektormyndighetene ikke har funnet tilstrekkelig grunn til å påklage vedtaket».

Det bes om at fylkesmannen redegjør nærmere for på hvilken måte dette er vektlagt i dispensasjonsvurderingen. Mener fylkesmannen at det at sektormyndighetene ikke har påklaget vedtaket, til tross for at de har frarådet at dispensasjon ble gitt, kan være en «særlig grunn» etter § 7?

Hvilke andre «særlige grunner» foreligger eventuelt?».

I fylkesmannens svar ble det innledningsvis gitt uttrykk for følgende:

«Fylkesmannen finner generelt grunn til å påpeke at begrepsbruken og presisjonen i sektormyndighetenes uttalelser, herunder hvilke undersøkelser som ligger til grunn for sektormyndighetens syn i den enkelte sak, kan variere sterkt. Erfaringsmessig legger sektormyndigheten mindre tyngde i en «fraråding» enn for eksempel når en «går i mot» en søknad om dispensasjon. En «fraråding» påklages meget sjelden eller aldri, fordi dette i alminnelighet er å anse som sektormyndighetens faglige råd til kommunen i den aktuelle sak, men likevel slik at sektormyndigheten mener kommunen må avveie de ulike interessene ut fra de lokale forhold. Sektormyndighetene er således i slike tilfeller i alminnelighet av den oppfatning at sektorinteressene ikke berøres, ut over det som måtte følge av lokale forhold. Denne saken ligger etter vår oppfatning slik an».

Videre opplyste fylkesmannen at det at sektormyndighetene (bare) frarådet dispensasjon, og unnløt å klage, inngikk som en del av helhetsvurderingen av om sektorinteressene ble skadelidende ved at det ble gitt dispensasjon. Etter fylkesmannens syn var sektormyndighetenes unnløtelse av å påklage vedtaket en indikasjon på at «disse har vurdert det slik at hensynet til landskapsbildet, kulturlandskapet og allmennhetens frie ferdsel ikke gjør seg sterkt gjeldende i denne saken». Fylkesmannen la derfor «mindre vekt på sektormyndighetenes uttalelser, og større vekt på egne og kommunens vurderinger av konsekvensene av en eventuell dispensasjon i forhold til nevnte hensyn, enn det som ville ha vært naturlig dersom sektormyndighetene hadde påklaget vedtaket». Fylkesmannen presiserte at han ikke anså sektormyndighetenes unnløtelse av å påklage vedtaket som en særlig grunn i seg selv.

Fylkesmannen svarte videre at han hadde lagt til

grunn at de hensyn strandvernet og arealbruksformålet skal ivareta i denne saken i liten grad blir skadelidende blant annet fordi området er privatisert gjennom fritidsbebyggelse, både generelt i området og på den aktuelle eiendommen. Etter en samlet vurdering fant fylkesmannen derfor at det var grunnlag for å innvilge dispensasjon. Til slutt opplyste fylkesmannen at det heller ikke ble funnet grunn til å fravike kommunens frie skjønnsmessige vurdering av om dispensasjon skulle gis, jf. ordet «kan» i pbl. § 7.

Klagerne kom med merknader til fylkesmannens svar. De hevdet at fylkesmannens redegjørelse for forskjellen på å «fraråde» og å «gå imot» ikke syntes å være annet enn en «finurlig bortforklaring». De stilte seg «uforstående» til fylkesmannens forståelse av miljøvernavdelingens uttalelse (at hensynet til landskapsbildet, kulturlandskapet og allmennhetens frie ferdsel ikke skulle gjøre seg sterkt gjeldende i denne saken). I den forbindelse viste de til at det «hele tiden har vært et mindretall på hhv 1 og 2 som har gått i mot flertallet i ressursutvalget». Klagerne fremholdt at de to planlagte hyttene vil komme til å virke «skremmende» på personer som eventuelt vil ta seg i land fra båt. Klagerne viste også til en artikkel fra avisen Nordlys 26. mai 2003 om at «9 av 10 får lov til å bygge i fjæra» i kommunene i Troms. Videre fremholdt de:

«Vi kan ikke se at Salangen kommune har kunnet oppgi en eneste særlig grunn til at dispensasjon skal gis. Det samme gjelder Fylkesmannen i Troms. Det er tvert om viktig at angjeldende område ikke bygges enda mer ned med de problemer det vil medføre for fri ferdsel og landskapsbildet. Etter vår ringe oppfatning er det aktuelle området helt unikt og vi har invitert fylkesmannens saksbehandlere på befarings, men de har ikke funnet det aktuelt å ta stedet i øyesyn. Dessverre.»

Når det gjaldt fylkesmannens argument om at eiendommen allerede er bebygd, svarte klagerne at «selv om tomten allerede er bebygd med en liten hytte vil ytterligere utbygging av to store hytter være med på å virke enda mer privatiserende av strandsonen». Til slutt anførte de at «saken vil ha uheldige signaleffekter og vi kan heller ikke se at en dispensasjon er forenlig med Miljøverndepartementets innskjerping av strandsonevernet».

Både klagerne og fylkesmannen kom med ytterligere merknader i senere brev hit.

I min avsluttende uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«Det omsøkte tiltaket ligger i et område i Salangen kommune som i medhold av pbl. § 20–4 første ledd nr. 2 er angitt som til landbruks-, natur- og friluftsområde (LNF-område) i kommuneplanens arealdel. Hovedregelen innenfor slike områder er at det bare er tillatt med oppføring av bygninger i tilknytning til

stedbunden næring, det vil normalt si landbruksrelatert bebyggelse, jf. lovens § 20–6. Tiltaket ligger også i 100-metersbeltet langs sjøen, slik at det i utgangspunktet også er i strid med byggeforbudet i pbl. § 17–2.

For å kunne gjennomføre det omsøkte tiltaket, er det derfor nødvendig med dispensasjon både fra kommuneplanens arealdel og pbl. § 17–2. Vilårene for dispensasjon følger av lovens § 7 første ledd første punktum:

«Når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom annet ikke er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.»

Et vilkår for å kunne dispensere, er at det foreligger «særlige grunner». Dette innebærer at ingen har krav på dispensasjon i utgangspunktet. For at vilkåret skal være oppfylt, kreves at det foreligger klare, spesifiserte grunner som etter en konkret vurdering må tillegges slik vekt at de slår igjennom overfor de hensyn bestemmelsen eller planen skal ivareta.

I Ot.prp.nr. 56 (1984–85) s. 101 er det blant annet uttalt følgende om dispensasjon fra planer:

«De ulike bestemmelser og planer har som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess. Det skal derfor ikke være en kulant 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 planen 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 ---»

Som påpekt i lovens forarbeider, har planer som regel blitt vedtatt etter en omfattende beslutningsprosess hvor de ulike interessegrupper har hatt anledning til å delta. Ved dispensasjon fra bestemmelsene i planen, må det tas tilbørlig hensyn til formålet med bestemmelsene. Utgangspunktet for dispensasjonsvurderingen er med andre ord de hensyn som begrunner kommunens vedtak om å utlegge det aktuelle området til LNF-formål og nedlegge forbud mot oppføring av fritidsbebyggelse.

Heller ikke dispensasjon fra pbl. § 17–2 skal være kulant. Vurderingstemaet i forhold til denne bestemmelsen blir om en dispensasjon vil bryte med de formål strandvernet tar sikte på å ivareta. Dette vil i første rekke være hensynet til allmennhetens interes-

ser (særlig ferdsel og friluftsliv) og hensynet til natur/miljø, landskapsinteresser og kulturminner.

Fylkesmannen har foretatt en felles drøftelse av dispensasjonsspørsmålet. Hovedbegrunnelsen for dispensasjonen synes, slik jeg oppfatter fylkesmannen, å være at de hensynene planen og bestemmelsen i pbl. § 17–2 er ment å skulle ivareta «i liten grad blir skadelidende», jf. vedtaket 16. mai 2003 på side 4. Dette fordi området allerede er privatisert gjennom fritidsbebyggelse. Slik jeg forstår saken, er fylkesmannen av den oppfatning at hensynene bak strandvernet og arealbruksformålet LNF faktisk blir skadelidende, men bare i beskjedne grad. Jeg har da vanskelig for å se at vilkåret for dispensasjon er oppfylt. Selv i tilfeller det skulle være klart påvist at de interesser plan- og bygningslovgivningen skal ivareta ikke blir skadelidende, er det tvilsomt om dispensasjon uten videre kan gis. Antagelig må loven forstås slik at det også må foreligge grunner på søkersiden som tilsier at dispensasjon innvilges, m.a.o. at det er noe som saklig sett taler for at dispensasjon gis. I dette tilfellet, der fylkesmannen til og med selv synes å legge til grunn at hensynene bak i noen grad blir skadelidende, er det således vanskelig å se at det foreligger «særlige grunner».

Jeg kan for øvrig heller ikke dele fylkesmannens syn på betydningen av uttalelsene fra fylkesmannens miljøvernavdeling og Troms fylkeskommune ved Kulturretaten. Selv om det skulle være riktig at forskjellen i begrepsbruk med hensyn til å «fraråde» og å «gå i mot» representerer en tilsiktet realitetsforskjell, er begge uttalelsene relativt *klare*. Fylkesmannens miljøvernavdeling konkluderer i brevet 9. februar 2001 til kommunen med at «tiltaket vil gi endringer i landskapsbilde og føre til hindringer for allmennhetens ferdsel langs sjøen». Miljøvernavdelingen kan ikke se at det er dokumentert «særlige grunner», og «anbefaler» at det ikke blir gitt dispensasjon. Troms fylkeskommune «fraråder» i sin uttalelse 29. november 2001 at det blir gitt dispensasjon med bakgrunn i «hensynet til kulturlandskapet». Det fremgår for øvrig ikke *hvorfor* disse sektormyndighetene ikke påklaget dispensasjonsvedtaket, og det kan da etter min mening heller ikke legges nevneverdig vekt på unnlåtelsen. Unnlåtelsen av å klage kan ha en rekke årsaker som ikke nødvendigvis har sammenheng med at miljøvernavdelingen eller fylkeskommunen ikke har vurdert saken som viktig. Eksempelvis kan disse ha funnet det unødvendig å klage siden vedtaket ble påklaget av naboene.

Etter gjennomgangen herfra etterlater saken «be-grunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be fylkesmannen om, i lys av mine synspunkter, å gjennomgå saken på nytt med sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å gi dispensasjon. Fylkesmannen må ved den fornyede gjennomgangen også se hen til tiltakshavers interesser i saken, jf. at tiltakshaver ikke har vært part i saken her og således ikke har fått fremføre sine argumenter under under-

søkelsen her. Jeg ber også om at fylkesmannen igjen vurderer om det, av hensyn til sakens opplysning, er nødvendig å foreta befaring.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen».

Fylkesmannen foretok deretter en ny vurdering av saken. Det fremgikk av den fornyede vurderingen at fylkesmannen hadde foretatt befaring samt innhentet nye uttalelser fra sektormyndighetene. Fylkesmannen var fortsatt av den oppfatning at vilkåret for å gi dispensasjon, «særlige grunner», var oppfylt.

Fylkesmannen ga uttrykk for at Sivilombudsmannen hadde «stilt for strenge krav til hva som skal til for at det skal kunne foreligge grunnlag for å innvilge dispensasjon i saken». Synspunktet var, slik ombudsmannen oppfattet det, at det i tilfeller der sektorinteressene bare i beskjedne eller liten grad påvirkes og øvrige opplysninger i saken ikke taler imot en dispensasjon, bør kunne sies at det foreligger «særlige grunner». Videre mente fylkesmannen at det var «god grunn til å ta forbehold» mot uttalelsen herfra om at det, selv om de hensynene plan- og bygningslovgivningen skal ivareta ikke blir skadelidende dersom dispensasjon gis, «antagelig» også må foreligge grunner på søkersiden som saklig sett taler for at dispensasjon gis. Fylkesmannen hevdet i den forbindelse at «utgangspunktet for dispensasjonsvurderingen etter vår oppfatning bør være noe annerledes i saker som gjelder dispensasjon fra LNF og pbl. § 17–2, enn i de tilfeller der det er snakk om å dispensere fra mer tekniske krav som det klart er tatt stilling til i loven». Fylkesmannen viste som eksempel til avstandsregelen i pbl. § 70 nr. 2 første ledd, der det etter fylkesmannens oppfatning «klart nok [er] opp til søkeren å påvise saklige og «*særlige*» grunner før det kan ble aktuelt med å innvilge dispensasjon».

Ombudsmannen viste i sitt svarbrev til uttalelsen referert på side 260 (sak 2004/1397), der han hadde utdypet og nyansert tidligere formulerte utgangspunkter vedrørende forståelsen av lovvilket «særlige grunner». Saken gjaldt dispensasjon fra avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2 første ledd. Ombudsmannen tok i den saken utgangspunkt i at det må stilles visse minstekrav til den grunn som anføres for at dispensasjon skal gis; den må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og den må være relevant i den forstand at den må ligge innenfor de rammer plan- og bygningsloven gir anvisning på. Utover dette alminnelige utgangspunktet, hevdet ombudsmannen imidlertid at det neppe er «rom for å kreve at dispensasjonsgrunnen alene skal være mer tungtveiende eller på annen måte «slå ut» de øvrige hensynene i saken». Uttalelsen samsvarte etter ombudsmannens syn langt på vei med fylkesmannens standpunkt om at utgangspunktet for dispensasjonsvurderingen kan være noe annerledes når det er tale om å fravike mer tekniske regler enn når det er aktuelt å dispensere fra

for eksempel pbl. § 17–2, som bl.a. tar sikte på å beskytte nasjonale interesser, eller fra LNF-områder i kommuneplanens arealdel.

Ombudsmannen pekte videre på:

«Ved dispensasjon fra førstnevnte type regler (for eksempel avstandskrav, regler om utnyttelsesgrad m.v.), vil nettopp ofte hensynene bak vedkommende bestemmelse bli skadelidende når det dispenseres. Dispensasjon kan klart nok etter forholdene likevel gis. Søkeren må imidlertid da – siden hensynene bak bestemmelsen lett kan bli skadelidende – positivt kunne angi en grunn for at dispensasjon skal være aktuelt. Denne behøver likevel ikke å «slå ut» alle andre hensyn, herunder hensynene bak forbudsbestemmelsen. Lokale vurderinger og hensyn vil ofte veie tungt i disse sakene.

Ved dispensasjon fra sistnevnte type bestemmelser, kan det derimot normalt først dispenseres dersom det kan konstateres at hensynene bak forbudet ikke blir skadelidende (og det ikke er noe annet som taler mot en dispensasjon). Hensynet til allmennhetens ferdsel og friluftsliv og andre nasjonale interesser vil derfor ofte få avgjørende betydning. Når det først er på det rene at hensynene bak ikke blir skadelidende, er det neppe grunn til å stille opp et absolutt krav om at det også må foreligge en positiv grunn på søkersiden.

Angjeldende tilfelle synes etter min mening ikke å være eksempel på en sak der hensynene bak LNF-formålet og pbl. § 17–2 ikke blir skadelidende. Selv når det ses bort fra problematiseringen vedrørende innholdet i og vekten av sektormyndighetenes uttalelser, synes det nokså klart at allmennhetens interesser faktisk blir skadelidende ved at det gis dispensasjon – selv om dette bare skulle være i «beskjeden» grad. Jeg viser til fylkesmannens egen vurdering her.

Slik jeg ser det, er det etter dette fortsatt en viss tvil med hensyn til dispensasjonens gyldighet. Jeg har imidlertid, etter en konkret vurdering, kommet til å ville la saken bero med de undersøkelser som har vært gjort.»

69.

Dispensasjon fra utnyttelsesgrad ved oppføring av tilbygg til bolig for ombygging til generasjonsbolig

(Sak 2004–1036)

Saken gjaldt søknad om dispensasjon fra krav til utnyttelsesgrad ved oppføring av tilbygg til bolig for ombygging til generasjonsbolig. Kommunen mente planhensyn ikke ville bli skadelidende og innvilget søknaden. Fylkesmannen fant overskridelsen for stor i forhold til gjeldende plan og omgjorde tillatelsen.

Etter ombudsmannens syn ga planens utnyttelsesgrense ikke lenger et korrekt bilde av tomteutnyttelsen i området og han kunne derfor vanskelig se at

hensynene bak utnyttelsesgrensen ville bli skadelidende ved en dispensasjon. Det ble også vist til at tiltaket ikke syntes å skille seg vesentlig fra øvrig bebyggelse. Ombudsmannen uttalte at det kan være grunn til å følge anvisningen som kommer til uttrykk i forvaltningsloven § 34 om å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, også ved overprøving av det rettsanvendelsesskjønn som må utøves ved den nærmere tolkning av kriteriet «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7.

Klageren søkte om oppføring av tilbygg for ombygging av bolig til generasjonsbolig. Kommunen dispenserte fra reguleringsplanens bestemmelse om utnyttelsesgrad og ga byggetillatelse. To naboer påklaget tillatelsen. Ved klagebehandlingen opprettholdt kommunen sitt tidligere vedtak. Fylkesmannen omgjorde imidlertid kommunens vedtak og avslø søknaden.

I klagen til ombudsmannen viste klageren til at det tidligere var gitt mange dispensasjoner fra reguleringsplanen hva gjaldt takvinkel og utnyttelsesgrad, og anførte at fylkesmannens vedtak var urimeelig og i strid med likhetsprinsippet. I et senere brev ble det understreket at reguleringsplanen var fraveket i en serie av dispensasjoner og at de offentlige hensyn som var knyttet til regulert utnyttelsesgrad derfor var svekket. Således ga heller ikke planens bestemmelser et korrekt bilde av tomteutnyttelsen i området.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere og fylkesmannen ble i brev herfra stilt spørsmål om han anså reguleringsplanens bestemmelser om tomteutnyttelse som så lite tilpasset dagens situasjon at planen i praksis ble anvendt som om den ikke regulerte tomteutnyttelsen. Dersom så var tilfelle ble det spurt om dette hadde noen betydning for hvilke krav som kunne stilles til en dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7. Videre ble det bedt opplyst om det innenfor samme reguleringsplan var gitt byggetillatelser med tilsvarende eller høyere tomteutnyttelse.

Fylkesmannen opplyste at han ikke anså reguleringsplanens bestemmelser om utnyttelse som så lite tilpasset dagens situasjon at planen i praksis ble anvendt som om den ikke regulerte utnyttelsen. Fylkesmannen mente imidlertid at en uthuling av reguleringsplanen ved tidligere dispensasjoner kunne være av en slik karakter og tyngde at det kunne gi grunnlag for ny dispensasjon. Ved gjennomgang av dispensasjonspraksisen hadde fylkesmannen avdekket at det var gitt flere dispensasjoner for en høyere utnyttelsesgrad enn det reguleringsplanen tillot. Jevnt over var det imidlertid dispensert for mindre avvik enn det det var søkt om i denne saken, og en stor del av eiendommene hadde fortsatt utnyttelse i samsvar med reguleringsplanen. Fylkesmannen fant imidlertid tre eksempler på at det var gitt dispensasjoner for høyere utnyttelse enn det her var søkt om.

Under henvisning til at dispensasjonene lå 14 år eller mer tilbake i tid, at utviklingen hadde gått i en positiv retning når det gjelder bevisstheten omkring planhensyn i Stavanger kommune og at dispensasjonspraksisen i kommunen var blitt mer restriktiv, mente fylkesmannen at klageren ikke var utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Fylkesmannen påpekte at klageren søkte om en utnyttelsesgrad som var dobbelt så høy som reguleringsplanen tillot, et avvik fylkesmannen mente var vesentlig og lå over det som kunne karakteriseres som vanlig i området. På bakgrunn av utnyttelsen av området for øvrig, planhensyn og de hensyn som planprosessen skal ivareta, fant fylkesmannen at det ikke var særlig grunn til å gi dispensasjon for omsøkte tiltak.

Klageren understreket at gjennomsnittet for fylkesmannens beregninger av utnyttelsesgraden var uvesentlig for hans byggeprosjekt så lenge andre innenfor samme planområde hadde fått tillatelse til en høyere utnyttelsesgrad. Videre mente han at fylkesmannen burde hatt oversikt over de eiendommer hvor utnyttelsesgraden var overskredet, og påpekte samtidig at det var svært vanskelig for vanlige borgere å få en oversikt over utnyttelsesgraden på de forskjellige eiendommene innenfor planområdet.

I min uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«Området der eiendommen ligger er omfattet av reguleringsplan for Madlamarka – felt B og er regulert til boligformål. Av tilhørende reguleringsbestemmelser fremgår at det tillates en utnyttelsesgrad på inntil 0,15 eksklusiv garasje. Omsøkte tiltak vil i henhold til det som er opplyst, medføre en utnyttelsesgrad på 0,32 og det må følgelig dispenseres fra reguleringsbestemmelsene før tillatelse kan gis.

Etter plan- og bygningsloven § 7 kan kommunen dispensere fra reguleringsplaner når det foreligger «særlige grunner». Hva som ligger i dette vilkåret er nærmere omtalt i Ot. prp. nr. 56 (1984–85) side 101:

«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 blitt 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 første behandling i Kommunalstyret for byutvikling vurderte kommunen situasjonen i planområdet og de bakenforliggende planhensynene slik:

«[---]Det viser seg at flere eiendommer i dette området har fått godkjenning til å bygge ut eiendommene med langt høyere utnyttingsgrad enn den regulerte. I området er det vanlig med u-grad inntil 0,25. Det er også registrert høyere utnyttelse på enkelte tomter.

I forhold til eksisterende bolig vil påbygget føre til at mønehøyden økes fra 0,9 – 1,5 meter og danne en hel takflate over hoveddelen av boligen. Stuedelen (vinkel) i 1. etasje blir ikke bygget på. Gesimshøyden er også planlagt hevet med ca. en halv meter. Selv om disse endringene fører til relativt store utslag på utnyttingsgraden, oppfattes ikke tiltaket til å føre til vesentlige avvik i forhold til bygningsmønsteret i området. Bygningsvolumet på boligen blir noe større, men dette vil innordne seg og forholde seg til bebyggelsen i området. Spesielt vises det til den nye bebyggelsen som ligger litt lenger sør langs Madlamarkveien hvor det er lagt til rette for tilsvarende loftsetasjer.

Det må nevnes at nye/reviderte reguleringsplaner for Madlamark benytter betegnelsen BYA% som grunnlag når utnyttingsgraden skal beregnes. Hvis denne beregningsmetoden benyttes vil utnyttingsgraden for det aktuelle prosjektet være 0,24. Dette illustrerer at utnyttingsgraden ikke er vesentlig høyere enn det som det legges opp til i dette området, eksempel kan være plan 1512 (området omkring Kong Haraldsgate nord for Madlamarkveien) som har gjennomsnitt BYA på ca 23%.»

Også ved klagebehandlingen vurderte kommunen tiltaket til å være godt tilpasset både høyde og volum i forhold til omgivelsene. Kommunen viste til at Sommerstien 2 har en mønehøyde på deler av boligen på 6,8 meter, Sommerstien 6 har en mønehøyde på 7,4 og Sommerstien 8/10 har en mønehøyde på 7,8 meter. Utnyttelsesgraden for nr. 2 er 0,23, for nr. 6 0,24 og for nr. 8/10 0,39. Når det gjaldt dispensasjonsvurderingen skrev kommunen bl.a.:

«[---]I dette tilfellet er prosjektet vurdert til å inngå i eksisterende omgivelser på en tilfredsstillende måte. Påbygget er planlagt slik at den største utvidelsen skjer på den søndre halvdel av huset. Den delen som vender mot Sommerbakken 21 blir bare hevet med ca 0.9 meter, slik at konsekvensene her blir små. Boligen vil etter utvidelsen ikke skille seg vesentlig ut sett i forhold til bygningsmønsteret som er i området. Det foreligger av den grunn klart særlig grunn for å dispensere fra u-graden i dette tilfellet, og med bakgrunn i områdets nåværende karakter og bebyggelsene synes det rimelig å gi en slik dispensasjon.

I dette tilfellet vil vilkåret i plan og bygnings-

loven være oppfylt da tiltaket ikke oppfattes å være i konflikt med intensjonene i reguleringsplanen og som klart gjenspeiles i måten området er bygget ut på helt siden planen ble vedtatt.»

I motsetning til kommunen kom fylkesmannen til at det ikke forelå særlige grunner for å fravike utnyttelsesgrensen i reguleringsplanen:

«[---]Reguleringsplanens bestemmelser om utnyttelsesgrad må forstås som en henvisning til reglene for beregning av U-grad i daværende byggeforskrifter. Det legges dermed opp til en volumbasert utnyttelsesgrad som etter dagens standard gir meget lav utnyttelse av tomten. Den utviklingen som har funnet sted i bynære områder har ført til at planens bestemmelser om utnyttelse fremstår som foreldet, og fylkesmannen konstaterer at planen har vært fraveket gjennom en serie av dispensasjoner. De offentlige hensyn som knytter seg til regulert utnyttelsesgrad er dermed svekket som følge av den etterfølgende utvikling, og planenes bestemmelser kan ikke lenger sies å gi et korrekt bilde av tomteutnyttelsen i området. Uthuling av planen ved tidligere dispensasjoner kan være av en slik karakter og tyngde at det kan gi grunnlag for dispensasjon. Fylkesmannen er imidlertid av den oppfatning at overskridelsen i forhold til gjeldende plan er for betydelig til at det her bør gis dispensasjon. Med særlig vekt på planhensyn finner derfor fylkesmannen at det ikke foreligger særlige grunner for å godkjenne det omsøkte tiltak. Vilåret for dispensasjon med hjemmel i pbl § 7 er dermed ikke tilstede.»

Jeg finner først grunn til å understreke at jeg i utgangspunktet slutter meg til fylkesmannens merknader om at det er uheldig at det foreligger en plan som ikke lenger gir uttrykk for den reelle utnyttelse i området og følgelig ikke lenger fungerer tilfredsstillende som styringsredskap for kommunens arealbruk, og at reguleringsplanen derfor burde vært revidert.

Saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig og undersøkelsen herfra må begrense seg til en gjennomgang av sakens skriftlige materiale. Gjennomgangen av sakens dokumenter gir bare i begrenset utstrekning mulighet for å undersøke spørsmål som forutsetter inngående kjennskap til de lokale forhold. Jeg vil likevel påpeke følgende:

Planens bestemmelse om utnyttelsesgrad er fraveket ved en rekke dispensasjoner. Omsøkte tiltak vil få en utnyttelsesgrad som trolig vil ligge over antatt gjennomsnittlig tillatt utnyttelsesgrad i dispensasjonssaker, men det er tidligere også gitt tillatelse til langt høyere utnyttelse på enkelte eiendommer. Som fylkesmannen skrev ved behandlingen gir den volumbaserte utnyttelsesgraden i planen anvisning på en meget lav utnyttelse av tomten etter dagens standard og er heller ikke i samsvar med den utvikling som har funnet sted i bynære områder. Planens utnyttelsesgrense på 0,15 eksklusiv garasje gir derfor ikke lenger et korrekt bilde av tomteutnyttelsen i området og jeg kan vanskelig se at hensynene bak

utnyttelsesgrensen blir skadelidende ved en dispensasjon. Jeg finner for øvrig ikke å kunne slutte meg til fylkesmannens henvisning til at det har vært en utvikling i positiv retning når det gjelder bevisstheten omkring planhensyn i Stavanger kommune og en generell innstramming i kommunens dispensasjonspraksis, er et argument for at det ikke foreligger særlige grunner, når kommunen etter en grundig vurdering av plansituasjonen og områdets utforming for øvrig, konkluderer med at det er grunnlag for å dispensere.

Som nevnt er det gitt tillatelse til høyere utnyttelsesgrad på flere eiendommer innenfor samme reguleringsområde. Videre grenser det aktuelle reguleringsområdet mot områder som er regulert senere og som tillater en høyere utnyttelsesgrad, jf. kommunens merknad om at området omkring Kong Haralds gate nord for Madlamarkveien har en gjennomsnitt BYA på ca 23 %. Jeg viser her til at en utnyttelsesgrad på 0,32 etter gjeldende plan, ville gitt en utnyttelsesgrad på 0,24 % dersom utnyttelsen hadde vært fastsatt etter dagens regler om BYA. Selv om reguleringsbestemmelser for nærliggende områder ikke vil kunne gjøres gjeldende direkte, medfører en høyere utnyttelse innfor disse områdene at omsøkte tiltak føyer seg inn i omkringliggende bebyggelse. Hovedgesimshøyden er oppgitt å bli 4,3 meter og mønehøyden 7,3. Omsøkte høyder ligger således godt innenfor reguleringsplanens bestemmelser hvor det åpnes for en hovedgesimshøyde på 6,2 meter og en mønehøyde på 8,5 meter. På bakgrunn av ovenstående og etter å ha gjennomgått vedlagte billedmateriale, synes tiltaket ikke å skille seg vesentlig ut fra øvrig bebyggelse.

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen prøve alle sider av saken. Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune, skal imidlertid klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. § 34 annet ledd tredje punktum.

Tradisjonelt har spørsmålet om det foreligger «særlige grunner» slik at kommunen kan dispensere fra arealplaner eller plan- og bygningslovens regler, blitt regnet som et såkalt rettsanvendelsesskjønn. Grensedragningen og overgangen til det såkalt frie skjønnet og «kan» vurderingen etter plan- og bygningsloven § 7, vil imidlertid være flytende. Etter mitt syn kan derfor mye tale for at fylkesmannen i en situasjon som denne, hvor det ikke synes å være sterke planfaglige hensyn mot en dispensasjon og hvor kommunen har foretatt en grundig gjennomgang av saken, er noe tilbakeholden med å overprøve kommunens vurdering. Sagt på en annen måte kan det være grunn til å følge anvisningen i forvaltningsloven § 34 om å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ikke bare ved det frie skjønn som klart nok gjelder hensiktsmessighetsvurderingen – «kan» skjønnet, men også ved overprøvingen av det rettsanvendelsesskjønn som må utøves ved den nær-

mere tolkning av kriteriet «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7 og ved den konkrete rettsanvendelsen av bestemmelsen på de faktiske forhold i nærværende sak. Jeg peker på at det rettslige innhold av uttrykket «særlige grunner» sett på bakgrunn av de sammensatte og til dels komplekse planhensyn som ofte gjelder i et reguleringsområde, åpner for en vurdering av en rekke relevante hensyn og en nærmere skjønnsmessig avveining der det reelt sett bør ligge til rette for å vektlegge målsettinger og prioriteringer med forankring i de stedlige og lokale forhold. Det kan da reises spørsmål om den noe retts-teoretiske uenighet om rubriseringen av lovkriteriet «særlige grunner» som fritt skjønn eller som rettsanvendelsesskjønn (med full prøvingsrett for domstolene og ombudsmannen) bør være avgjørende for å anvende de legislative hensyn knyttet til særskilt vektlegging av kommunalt selvstyre som forvaltningsloven § 34 uttrykkelig bare viser til for så vidt gjelder såkalt fritt skjønn. Jeg viser da i saken her til at kommunestyret som er øverste planmyndighet og kommunen, herunder politiske utvalg og administrasjonen, må antas å ha god kjennskap til kommunens arealbrukspolitik i området, og at fylkesmannens innvendinger ikke primært synes å forankres i nasjonale eller regionale overordnede hensyn.

Jeg vil på denne bakgrunn be fylkesmannen om, i lys av mine synspunkter, å vurdere saken på nytt, og om å bli orientert om resultatet av fylkesmannens fornyede behandling. Ved den fornyede vurderingen ber jeg fylkesmannen påse at aktuelle partsinteresser for øvrig også ivaretas.»

70.

Dispensasjon for oppføring av fellesbrygge – forståelsen av lovvilkåret «særlige grunner»

(Sak 2004–1397)

Fylkesmannen opphevet kommunens vedtak om å gi dispensasjon fra avstandskravet i plan- og bygningsloven (pbl.) § 70 nr. 2 første ledd for innbygging av hull mellom en fellesbrygge og fastlandet. Fylkesmannen syntes å ha begrenset sin vurdering av de hensyn som gjorde seg gjeldende i saken, og ombudsmannen ba derfor om at saken ble behandlet på ny.

Ombudsmannen nyanserte og utdypet i uttalelsen sine tidligere formulerte utgangspunkter vedrørende forståelsen av lovvilkåret «særlige grunner», jf. plan- og bygningsloven § 7.

Saken gjelderVels søknad om tiltak på eksisterende fellesbryggeanlegg på en eiendom på Kirkeøy i Hvaler kommune. Eiendommen er etter det opplyste uregulert, men er i kommuneplanens arealdel avsatt til byggeområde, eksisterende fritidsbebyggelse. I 1996 ble det gitt dispensasjon fra pbl. § 17–2

for oppføring av dagens bryggeanlegg. Av sakens dokumenter fremgår det at den omsøkte eiendommen ligger som en smal kile mellom sjøen og nabo-eiendommen.

Hvaler kommune ga tillatelse til utbedring og innbygging av hull på fellesbryggen. Søknaden om innbygging av hull mellom bryggen og den tilstøtende fjellskråningen ble begrunnet ut fra sikkerhetsmessige årsaker. Fylkesmannen i Østfold opphevet kommunens vedtak og sendte saken tilbake for ny behandling der. Etter fylkesmannens oppfatning krevde tiltaket dispensasjon etter pbl. § 7 fra avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2, noe det verken var søkt om eller tatt stilling til av kommunen.

I senere vedtak 16. mai 2002 ga kommunen dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for riving og nybygg av brygge på eiendommen, samt dispensasjon fra pbl. § 70 nr. 2 for sikring av hull inn mot fjellet. Kommunen satte vilkår for tillatelsen, herunder at bryggens totale areal ikke skulle overstige 50 kvm og at bryggen ikke ble tillatt tatt i bruk til varig opphold. Det ble også stilt vilkår om at annenhver planke «fra land og ca 1,5 meter ut skal fjernes for å vanskeliggjøre utstrakt bruk av bryggen med stoler, bord og lignende».

Kommunens vedtak ble påklaget av nabo og opphevet av fylkesmannen i vedtak 28. januar 2003, idet «begrunnelsen fra søker ikke er tilstrekkelig tungtveiende i forhold til de interesser avstandskravet i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 skal ivareta». Det går frem av klagevedtaket at unntakene i pbl. § 70 nr. 2 annet ledd ikke kom til anvendelse i saken, da eieren av naboeiendommen ikke hadde gitt samtykke og «da tiltaket ikke kan betegnes som garasje, uthus eller lignende, jf fylkesmannens vedtak av 21.11.00». Ved dispensasjonsvurderingen etter pbl. § 7 la fylkesmannen til grunn at saken gjaldt en søknad om utbedring av eksisterende brygge, og viste til at en dispensasjon fra avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2 «først kan gis når det blir vanskelig å få til en annen egnet løsning på grunn av stedlige forhold». Ved den konkrete vurderingen av om det ut fra sikkerhetsmessige årsaker var behov for å utvide bryggen inn mot land (og nabogrensen), kunne fylkesmannen på bakgrunn av tegninger og bilder ikke se at «det vil være vanskelig å etablere en tilfredsstillende løsning i større avstand enn 4 meter» til nabogrensen.

En advokat klaget på vegne avVel til ombudsmannen. Han anførte blant annet at fylkesmannen har lagt til grunn en uriktig anvendelse av pbl. § 70 nr. 2, slik den lød på vedtakstidspunktet, idet det er «vår oppfatning at tiltaket faller inn under bestemmelsen i § 70 nr. 2, 2. ledd punkt b, jf. pbl. § 84», hvorefter det vil være «opp til bygningsmyndighetenes frie skjønn om godkjenning skal gis». Det ble i denne sammenheng vist til at «så vel søknad som godkjenning forutsetter at tiltaket ikke overstiger 50 m²». Etter hans oppfatning var det da «langt fra tilfredsstillende» at fylkesmannen i sin behandling av

spørsmålet om unntaksbestemmelsen i pbl. § 70 nr. 2 andre ledd bokstav b kommer til anvendelse, kun har «nøyd seg med å vise til tidligere avgjørelse av 21.11.00».

Som subsidier anførsel gjorde advokaten gjeldende at «det er lagt til grunn en altfor streng fortolkning av kriteriet «særlig grunn» i relasjon til pbl § 7». Advokaten viste i denne forbindelse til at tiltaket ikke berører de «nabointeresser som *vanligvis* gjør seg gjeldende i slike saker og som har vært motiverende for avstandsbestemmelsene i pbl. § 70 nr. 2, 1.ledd», og ga samtidig uttrykk for at disse forholdene ikke «i det hele tatt er trukket inn i forbindelse med Fylkesmannens behandling av klagesaken». Etter advokatens oppfatning skal dispensasjonsspørsmålet vurderes opp mot de hensyn som ligger til grunn for den bestemmelse det er aktuelt å fravike, og når de strenge avstandskravene er knyttet til den vanlige situasjonen i tettbygd strøk, blir fylkesmannens «rettsanvendelse i tilknytning til kravet om «særlig grunn» for streng i et område som dette». Advokaten føyde videre til at det er en «betydelig avstand mellom det aktuelle bryggeanlegg og bebyggelsen på naboens eiendom», at det er høydeforskjeller, og at «anlegget er godt skjermet fra bebyggelsen og den private sfære rundt denne». Han mente at fylkesmannen ville ha kunne iaktatt disse forholdene dersom det var blitt avholdt befarings i området.

Klagen ble forelagt fylkesmannen. Fylkesmannen ble blant annet bedt om å kommentere advokatens synspunkter vedrørende pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, samt kommentere om reduksjonen av tiltakets omfang har noen betydning for vurderingen av om bestemmelsen «passer» i denne saken. Fylkesmannen ble i denne sammenheng bedt om å kommentere om eksemplene «forstøtningsmurer og parabolantennener» angitt i rundskriv H-18/90 er dekkende og beskrivende for de typer § 84-tiltak som kan falle inn under unntaksbestemmelsen i pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b. Fylkesmannen ble videre bedt om å gi sitt syn på om det har noen betydning for vurderingen av om pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b passer, at det aktuelle § 84-tiltak er en typisk og påregnelig utnyttelse av eiendommen. Det ble i denne forbindelse herfra vist til rundskriv H-18/90 hvor det fremgår at det «må også legges vekt på at bestemmelsen (i bokstav b) i utgangspunktet gjelder bygninger/arbeid som har en naturlig *tilknytning* til virksomheten på eiendommen».

Som følge av at fylkesmannen i sin dispensasjonsvurdering etter pbl. § 7 ikke syntes å ha vurdert om de hensyn avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2 skal ivareta, blir skadelidende dersom bryggen blir oppført som omsøkt, ble fylkesmannen bedt om å redegjøre nærmere for forholdet til hensynene bak avstandskravet i denne saken, samt angi hvilke konkrete nabointeresser som eventuelt blir skadelidende dersom bryggen tillates bebygd nærmere nabogren-

sen enn fire meter. Fylkesmannen ble i denne forbindelse bedt om å kommentere advokatens opplysninger om de faktiske forholdene knyttet til bryggen og naboeiendommen.

I kommentaren til advokatens synspunkter vedrørende pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, ga fylkesmannen uttrykk for at bestemmelsen kun gjelder for «mindre og frittliggende konstruksjoner og anlegg», og at det i følge rundskrivet er opp til «myndighetenes skjønn å avgjøre både hvilke § 84-arbeid som passer inn under § 70, og å avgjøre hvilke (typer) arbeid som kan karakteriseres som «*mindre*» i relasjon til § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b)». Fylkesmannen ga videre uttrykk for at for garasje, uthus og lignende vil det være grensen på 50 m² som vil være avgjørende, men fylkesmannen kunne ikke se at «areal alene skal være avgjørende for om et § 84-tiltak skal karakteriseres som «mindre» eller ikke». Etter fylkesmannens oppfatning vil arealet i denne saken uansett overskride 50 m², som følge av at arealet er beregnet med fratrukk av åpningene mellom plankene etter at annenhver planke er fjernet i et område nærmest nabogrensen. Fylkesmannen mente at arealberegningen bør skje på grunnlag av arealet som blir beslaglagt, uavhengig av åpningene mellom plankene.

Fylkesmannen uttalte videre:

«Deler av de hensynene som § 70 skal ivareta er i denne saken mindre aktuelle, vi tenker da på brannhensyn, høyder og lysforhold. Det er derfor først og fremst de miljømessige forhold for nabo som bør tillegges vekt. Det er ikke bryggen i seg selv og bruken av denne som adkomst til eiendommene som er konflikten i denne saken, men den muligheten den utvidete bryggen gir for opphold nær nabogrense. Sett på bakgrunn av at dette er en fellesbrygge for flere eiendommer vil forholdene ligge til rette for at mange samler seg på stedet. Dette vil nødvendigvis føre til at naboeiendom blir belastet, selv om hytten i dette tilfelle ligger vel 20 meter fra grensen. Opphold andre steder på nabotomten kan være mer utsatt. Ulemper vil heller ikke alltid være avhengig av direkte innsyn fra alle deler av nabotomten. Dette må etter vår mening også vurderes ut fra andre forhold. Det skal tas såkalt tilbørlig hensyn til naboers interesser.

Hvaler kommune har, som tidligere nevnt, i sitt vedtak bl.a. satt krav om fjerning av annenhver planke for å redusere muligheten for plassering av stoler med mer for å unngå mer varig opphold på bryggen. Vi kan vanskelig forstå den logiske sammenhengen med først å tillate en stor brygge med mulighet for langvarig opphold, for deretter å sette krav om fjerning av deler av plankene man skal bevege seg på for å unngå dette. Når fylkesmannen i denne saken har opphevet kommunens vedtak om dispensasjon skyldes det derfor at vi ikke kan se at det foreligger noen vesentlige grunner til å dispensere fra avstandskravet ut fra det formålet bryggen skal betjene, nemlig å sikre adkomst til eiendommen via sjøveien.»

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Saken reiser spørsmål om fylkesmannens vurdering av om pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, slik den lød før endringen ved lov 25. april 2003 nr. 26, kommer til anvendelse i saken, samt den nærmere dispensasjonsvurderingen fylkesmannen foretok i vedtaket 28. januar 2003. I likhet med fylkesmannen har jeg ikke vurdert det omsøkte tiltakets forhold til kommuneplanens arealdel.

Godkjennelsesadgangen etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b

Det har i saken vært uenighet om kommunen kunne benytte sin fakultative adgang etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, jf. § 84, til å godkjenne bryggen oppført nærmere nabogrensen enn fire meter. Dette er, ved siden av det såkalte «kan»-skjønnet, i hovedsak et spørsmål om i hvilken grad de eksempler som er nevnt i bestemmelsen «passer» for det enkelte § 84-tiltak, i dette tilfellet en brygge.

Sett i sammenheng med det tidligere vedtaket 21. november 2000, synes fylkesmannen å ha lagt til grunn at bryggen ikke er å anse som et «mindre anlegg». Fylkesmannen har i sin vurdering blant annet vist til at bryggens samlede areal blir på over 50 kvm og at bryggeanlegget strekker seg relativt langt i utstrekning, noe som også «taler mot å se det som et «mindre» arbeid». Fylkesmannen har videre vist til at i forhold til eksemplene angitt i rundskriv H-18/90, må bryggeanlegget anses som «arbeid av *en annen art* og vesentlig større enn eksemplene».

Vurderingen av om pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b «passer» på et nærmere bestemt § 84-tiltak må ta sitt utgangspunkt i bestemmelsen selv, hvor blant annet formålet bak unntaksbestemmelsen vil kunne være av betydning. I den forbindelse vil praksis og rundskriv, som H-18/90, kunne gi bidrag til den nærmere forståelsen av bestemmelsen i relasjon til ulike former for § 84-tiltak. Med uttrykket «garasje, uthus og lignende» menes «bygninger som har en naturlig tilknytning til virksomheten på eiendommen». Det vises her til forarbeidene til pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, se Ot.prp.nr. 27 (1982–83) på s. 19. Denne forståelsen er i det vesentlige gjentatt i rundskriv H-18/90 på s. 6, der det fremgår at det også «må legges vekt på at bestemmelsen (i bokstav b)) i utgangspunktet gjelder bygninger/arbeid som har naturlig *tilknytning* til virksomheten på eiendommen». Slik saken er opplyst her, synes nettopp en oppføring og eventuelt en utvidelse av brygge å ha en naturlig tilknytning til virksomheten på eiendommen gnr...bnr ... i Jericobukta, idet et slikt tiltak gjennomgående vil være en typisk og påregnelig utnyttelse av det aktuelle arealet. Sett i dette i lyset fremstår rundskrivets eksempler om «mindre forstøtningsmurer og de fleste typer/størrelser av (fritt-

stående) parabolantenner» som lite dekkende for de typer § 84-tiltak det kan være aktuelt å godkjenne etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, og kan således ha bidratt til at fylkesmannen kan ha anlagt et noe for snevert utgangspunkt for vurderingen av om kommunen kunne godkjenne at bryggen ble plassert nærmere nabogrensen enn fire meter.

Det fremgår imidlertid av (tidligere) pbl § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b at den bare kan benyttes dersom tiltaket har en grunnflate «inntil 50 m²». Slik loven lød på vedtakstidspunktet, må nok denne arealbegrensningen anses absolutt, også for tiltak etter pbl. § 84. Det fremgår av dokumentene i forvaltningssaken og korrespondansen i ombudsmannssaken at det er en betydelig uenighet om bryggens samlede areal. Saksbehandlingen her er skriftlig og bygger på en gjennomgang av sakens dokumenter og annet skriftlig materiale, og det foretas normalt ikke befaringer. Beregningen av bryggens areal kan dermed vanskelig fastlegges herfra, og jeg har således ikke holdepunkter for å rette innvendinger mot fylkesmannens vurdering. Fylkesmannen synes for øvrig å ta et korrekt utgangspunkt når det legges til grunn at beregningen «bør skje på grunnlag av arealet som blir beslålagt, uavhengig av åpningen mellom plankene».

Jeg finner avslutningsvis under dette punktet grunn til å nevne at det i dag ikke gjelder en eksplisitt arealgrense for de tiltak som kan godkjennes etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b. Som det fremgår nedenfor, ber jeg fylkesmannen behandle dispensasjonssaken på ny. Fylkesmannen bes om å overveie om det i lys av endringen ved lov 25. april 2003 nr. 26 også kan være grunn til å foreta en ny vurdering av saken etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b.

Dispensasjonsvurderingen etter pbl. § 7

Dersom det i saken legges til grunn at kommunen med utgangspunkt i pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, jf. § 84, ikke kunne godkjenne oppføringen av bryggen for den del som gjelder innbyggingen mot fjellet, oppstår spørsmålet om tillatelse kunne gis etter pbl. § 7.

Fylkesmannen la som nevnt til grunn at begrunnelsen fra søkeren ikke var tilstrekkelig tungtveid i forhold til de interesser avstandskravet i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 skal ivareta. Velforeningens advokat har på den annen side fremholdt hit at fylkesmannen har lagt til grunn en «altfor streng fortolking» av kravet til «særlige grunner» i pbl. § 7.

Pbl. § 7 første ledd første punktum lyder:

«Når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.»

For å kunne dispensere fra lovens avstandskrav på fire meter, må det således foreligge «særlige grunner». Dette innebærer som utgangspunkt at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjonssøknad. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s 101), er følgende uttalt om lovvilkåret:

«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 avvete 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 planleggingsmyn- syn 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. --- »

Jeg har tidligere gitt uttrykk for at lovvilkåret «særlige grunner» innebærer at det må foreligge spesifikerte, klare og relevante grunner som etter en nærmere konkret vurdering er av en slik karakter og har en slik tyngde at de kan slå igjennom overfor de hensyn forbudsbestemmelsen i loven eller reguleringsplanen og de tilhørende reguleringsbestemmelse- ne er ment å ivareta. Dette utgangspunktet synes å ha fått bred tilslutning innenfor plan- og bygningsretten. Det er imidlertid grunn til å nyansere og utdype dette noe, idet utgangspunktet i praksis synes å bli oppfattet til å gi anvisning på en vektnorm, der de grunner dispensasjonssøknaden støtter seg på må være mer tungtveiende enn de hensyn som ligger til grunn for den relevante forbudsbestemmelsen.

Det følger av pbl. § 7 at kommunen kan gi dispensasjon «etter søknad». Slik jeg ser det, må det da, sett i sammenheng med forarbeidene til bestemmelsen, stilles visse minstekrav til den grunn som anføres for at dispensasjon skal gis. Den må være til-

strekkelig spesifisert og klart angitt, og den må være relevant i den forstand at den må ligge innenfor de rammer plan- og bygningsloven gir anvisning på. Ut over dette alminnelige utgangspunktet, er det neppe rom for å kreve at dispensasjonsgrunnen alene skal være mer tungtveiende enn eller på annen måte «slå ut» de øvrige hensynene i saken. Dersom minstekravet er oppfylt, beror det ellers på plan- og bygningsmyndighetenes vurdering om de hensyn som gjør seg gjeldende for og imot medfører at dispensasjon skal gis.

Det kan være noe tvil og uenighet om vurderingen etter pbl. § 7 gir anvisning på et såkalt rettsanvendelsesskjønn, det vil si om det hører til selve rettsanvendelsen å avgjøre om «særlige grunner» er til stede i den enkelte sak. Tradisjonelt har dette blitt regnet som et rettsanvendelsesskjønn. Grensedragningen og overgangen til det såkalte frie skjønnet, vil imidlertid være flytende, og det kan reises spørsmål om vurderingskriteriet i § 7 er så vagt og ubestemt at det hører under forvaltningens «frie skjønn» å avgjøre om fakta i en enkeltsak kan henføres under bestemmelsen. Dette har ikke bare en side mot domstols- og ombudsmannskontrollen, men også mot intensiteten i fylkesmennes behandling av klager på kommunenes dispensasjonsvedtak, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Jeg viser i denne forbindelse til en nylig avsagt dom fra Agder lagmannsrett 10. mai 2004 (04–002974ASI-ALAG), der lagmannsretten etter en bred gjennomgang av spørsmålet på side 15 konkluderte med at vurderingen etter pbl. § 7 ikke er et rettsanvendelsesskjønn, med den følge at retten ikke hadde kompetanse til å «avgjøre direkte om det foreligger særlige grunner» som talte for å innvilge dispensasjonssøknaden i den underliggende saken. Konklusjonen står i strid med det som i en rekke uttalelser har vært lagt til grunn herfra og for så vidt også den rettsoppfatning som er sterkt forankret i fylkesmennes praksis knyttet til bestemmelsen. Lagmannsrettsdommen gir grunn til tvil om spørsmålet og jeg finner det i mangel av avklarende høyesterettspraksis vanskelig å konkludere sikkert på dette punktet.

Spørsmålet er likevel av en mer teoretisk karakter og har i praksis mindre betydning, idet utgangspunktet for ombudsmannens kontroll med forvaltningens vedtak etter pbl. § 7 gjennomgående vil være om de hensyn som er vektlagt fremstår som saklige og relevante i forhold til den lovbestemmelse eller den plan det vurderes å fravike, jf. saken inntatt i årsmeldingen for 2003 s. 297. Jeg viser for så vidt til det som er gjengitt ovenfor fra forarbeidene, der det fremgår at de «særlige grunner som taler for dispensasjon må naturligvis ligge innenfor rammen av loven». Så lenge plan- og bygningsmyndighetene på en uttømmende måte har løftet frem og vurdert de saklige hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, vil det ved spørsmålet om det foreligger særlige grunner uansett måtte være et visst spillerom

i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i dispensasjonsvurderingen.

Dersom forvaltningen har lagt vekt på usaklige hensyn ved dispensasjonsvurderingen, vil man i tråd med den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren raskt være over i en vurdering av om det er tatt utenforliggende hensyn ved avgjørelsen. Selv om det skulle legges til grunn at det i den enkelte sak hører til forvaltningens «frie skjønn» å avgjøre om det foreligger «særlige grunner», setter plan- og bygningsloven selv grenser for hvilke hensyn det lovlig kan legges vekt på ved dispensasjonsvurderingen. Denne vurderingen er en typisk lovtolkingsoppgave, og er ikke forbeholdt forvaltningen selv. Jeg viser i denne forbindelse til det som fremgår på side 350 i Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (7. utgave).

Så over til denne saken. Kommunen har lagt til grunn at det foreligger slike særlige grunner som loven krever. Fra kommunens faktiske vurdering i vedtaket 16. mai 2002 siteres:

«Administrasjonen har besiktiget området. Bryggen ligger ca 30 meter fra hytten. Området er preget av vegetasjon og av at terrenget er kupert. Bryggen er ikke til noen visuell sjenanse for bruken av hytten. Kommunen og fylkesmannens miljøvernavdeling har i denne sammenheng uttalt at allmennheten har rett til å gå langs denne strandstrekningen, noe som også er fastslått i en byrettsdom mellom naboene om dette temaet. Området ved og rundt bryggen er for øvrig også avsatt til fellesareal av grunneieren under utparselleringen av tomtene i området. Naboene i området har således også hatt all mulighet til å innrette seg til at dette området er åpent for allmennheten. Vi kan i denne sammenhengen heller ikke se at naboens anførsel om at bryggen er til sjenanse for bruken av et område mellom hytta og bryggen skal føre frem.»

Kommunen ga videre uttrykk for at den ikke kunne se «at tiltaket på noen måte skulle få negative konsekvenser for bruken/utnyttelsen av naboeiendommen», og at det er «svært lite sannsynlig at det skulle kunne bli innvilget dispensasjon for å bygge noen nye konstruksjoner helt nede ved sjøen på dette stedet». Kommunen fant at den valgte løsningen var god i forhold til både sikkerhet og estetikk/terrengtilpasning, og fant derfor ikke grunn til å vurdere nærmere alternative sikringsmuligheter. Kommunen viste for øvrig til at formålet «sikring av området mellom bryggen og land» er et «klart relevant moment» etter plan- og bygningsloven. Kommunen mente på denne bakgrunnen at det forelå «overvekt av positive argumenter i saken», under forutsetning av at de fastsatte vilkårene for dispensasjonen ble akseptert.

Fylkesmannen kom derimot til at lovens krav ikke var til stede, og på bakgrunn av fylkesmannens vedtak og undersøkelsen herfra, legger jeg til grunn at dette i hovedsak skyldes at fylkesmannen ikke kunne «se noen vesentlige grunner til å dispensere

fra avstandskravet ut fra det formålet bryggen skal betjene». Fylkesmannen synes i vedtaket 28. januar 2003 ikke å ha vurdert om de hensyn avstandskravet i pbl § 70 nr. 2 skal ivareta, blir skadelidende dersom brygga blir oppført som omsøkt. Fylkesmannen har imidlertid på spørsmål herfra gitt uttrykk for at deler av de hensynene avstandskravet skal ivareta er mindre aktuelle i saken, bortsett fra de ulemper naboen vil ha av den muligheten den utvidede bryggen vil kunne gi for opphold nær nabogrensen.

Saksbehandlingen her er som nevnt skriftlig og bygger på en gjennomgang av sakens dokumenter og annet skriftlig materiale. Det er således vanskelig å danne seg et klart bilde av de faktiske forholdene i saken, som terrengforhold og grad av sjenanse for naboen. Slik saken fremstår her etter de undersøkelser som er foretatt, kan det likevel reises spørsmål om det er foretatt en konkret og reell vurdering av de faktiske forholdene i saken. Fylkesmannen synes ikke i tilstrekkelig grad å ha vurdert hvordan hensynene bak avstandsbestemmelsen gjør seg konkret gjeldende i denne saken, heller ikke hvilke konkrete nabointeresser som blir skadelidende dersom bryggen tillates bebygd nærmere nabogrensen. Fylkesmannen later heller ikke til å ha tatt i betraktning at det her tale om å anvende forbudet i § 70 nr. 2 første ledd i et tilfelle, på en brygge, som ligger utenfor bestemmelsens tradisjonelle virkeområde som er mellom bygninger. Jeg viser videre til at nabohensynet vil være ett av flere momenter i den helhetsvurderingen som skal foretas etter pbl. § 7, mens hensynet i større grad vil være en del av den interesseavveining som må gjøres ved en eventuell godkjennelse etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b. Som følge av at kommunen, som foretok befaring, har trukket frem allmennhetens rett til bruk av den omsøkte eiendommen, stiller jeg spørsmål om ikke forholdet til fri-luftsloven i større grad burde ha vært avklart da fylkesmannen valgte å overprøve kommunens vurdering i saken.

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det lokale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Det rettslige innholdet av pbl. § 7, sett på bakgrunn av lovens avstandskrav, fordrer uansett en vurdering av en rekke relevante hensyn og en nærmere skjønnsmessig avveining der det ofte og reelt sett bør ligge til rette for lokale vurderinger. Det kan da reises spørsmål om den noe rettsteoretiske uenighet om rubriseringen av lovkriteriet «særlige grunner» som fritt skjønn eller som rettsanvendelsesskjønn bør være avgjørende for å anvende de legislative hensyn knyttet til særskilt vektlegging av kommunalt selvstyre som forvaltningsloven § 34 annet ledd uttrykkelig bare viser til for så vidt gjelder såkalt fritt skjønn. Etter mitt syn kan derfor mye tale for at fylkesmannen i denne saken, hvor kommunen har løftet frem og vurdert hensynene bak avstandskravet i plan- og bygningsloven, og der fylkesmannens innvendinger

ikke primært synes forankret i nasjonale eller regionale overordnede hensyn, burde ha vært noe mer tilbakeholden med å overprøve kommunens vurdering, herunder av sikkerheten.

Det er videre noe uklart om fylkesmannen mener at den anførte dispensasjonsgrunnen må være mer tungtveiende enn, eller på annen måte «slå ut», de øvrige hensynene i saken, jf. det som er sagt ovenfor, og videre, i hvilken grad dette i så fall har fått betydning for fylkesmannens konklusjon i dispensasjonssaken.

På denne bakgrunnen synes fylkesmannen etter min oppfatning å ha begrenset sin vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i saken på en slik måte at det knytter seg «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på ny i lys av det som fremgår ovenfor. Jeg ber også om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen foretar seg videre i saken.»

Fylkesmannen kom i senere brev hit tilbake til saken. Hun opplyste at hun «nå var i ferd med å foreta en ny vurdering av saken, både ut fra de spesifikke forhold som berører den foreliggende sak og også ut fra de bemerkninger som er gitt til behandlingen/lovverket generelt». Fylkesmannen skrev videre at ombudsmannens uttalelse vil kunne «få betydning for vår behandling utover foreliggende sak og det er derfor viktig at vi har en felles forståelse av den aktuelle bestemmelsen i plan- og bygningsloven». Fylkesmannen ba på denne bakgrunn om «en utdyping/avklaring av enkelte punkter i Sivilombudsmannens uttalelse».

Jeg svarte følgende på fylkesmannens henvendelse:

«1. Når det gjelder forståelsen av plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b skriver fylkesmannen at hun legger til grunn at arealgrensen på 50 m² er absolutt, også for tiltak etter § 84. Videre legger fylkesmannen til grunn at arealet regnes ut fra «beslaglagt areal, uavhengig av spalteåpning» slik at også bærende elementer i en konstruksjon skal tas med. Jeg har ikke innvendinger mot denne forståelsen.

2. Lovendringen i 2003 innebar at begrepet «grunnflate» ble fjernet fra lovteksten i tillegg til at angivelsen av arealstørrelsen/grensen ble fjernet. Det heter følgende om bakgrunnen for endringen i Ot. prp. nr. 112 (2001–2002):

«Begrepet grunnareal har ikke lenger noen selvstendig betydning i dagens bygningslovgivning. Det er i tillegg uhensiktsmessig og lite fleksibelt at loven fastsetter en eksakt størrelse (50 m²) for de bygninger som kan oppføres nærmere nabogrense enn fire meter. Nærmere bestemmelser om areal på mindre bygninger som kan oppføres nær nabogrense gis i forskrift, jf. nr. 3. Departementet understreker at de bestem-

melser som er gitt i § 70 om bygningens plassering, høyde og avstand fra nabogrense, også gjelder andre tiltak enn bygning. Av dette følger at begrepet «mindre bygning» i departementets forslag til endring i nr. 2 annet ledd bokstav b også omfatter andre mindre tiltak, som mindre forstøtingsmurer og fyllinger. Dette vil bli klargjort i forskrift.»

Det fremgår av det siterte første avsnittet at begrunnelsen for endringen var todelt. For det første var begrunnelsen at begrepet grunnflate ikke lenger hadde noen selvstendig betydning i bygningslovgivningen. Departementet fant det for det andre «uhensiktsmessig» at loven fastsatte en eksakt arealgrense.

Ved Kommunal- og regionaldepartementets forskrift 23. juni 2003 om endring i forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) ble også TEK § 4–4 om «areal» endret. Det fremgår nå av bestemmelsen at «mindre bygning som beskrevet i § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b, er bygning hvor verken samlet bruksareal eller bebygd areal er over 50 m².»

På denne bakgrunn kan jeg ikke se at bestemmelsens realitet er endret. Det er da ikke nødvendig at fylkesmannen foretar en ny vurdering av saken etter pbl. § 70 nr. 2 annet ledd bokstav b.

3. Fylkesmannen viser videre til spørsmålet om ikke forholdet til friluftsløven i større grad burde ha vært avklart med fylkesmannen. Deretter viser fylkesmannen til merknaden om at fylkesmannen muligens burde vært noe mer tilbakeholden med å overprøve kommunens vurdering siden fylkesmannens innvendinger «ikke primært synes forankret i nasjonale eller regionale overordnede hensyn». Fylkesmannen viser til Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-18/90 og fremholder at «vi har hittil ikke ansett at friluftsløven eller nasjonale eller regionale overordnede hensyn skulle være noe tema ved vår behandling av klager etter denne bestemmelse».

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd skal statlig klageorgan legge vekt på det lokale selvstyre ved prøving av kommunens frie skjønn. Henvisningen til nasjonale og overordnede hensyn var ment å henlede oppmerksomheten på spørsmålet om ikke fylkesmannen burde vært noe mer tilbakeholden med å overprøve kommunens dispensasjonsvurdering i en sak som den foreliggende enn i saker der det er tale om å dispensere fra bestemmelser der overordnede nasjonale hensyn slår inn, typisk ved dispensasjon fra pbl. § 17–2. At det ikke gjør seg gjeldende slike hensyn kan, dersom en slik tilnæringsmåte legges til grunn, få betydning for fylkesmannens dispensasjonsvurdering i saker der det er tale om å dispensere fra mer tekniske krav eller bestemmelser der lokale vurderinger står sentralt. Se nærmere om ombudsmannens synspunkter her i vedlagte kopi av uttalelse 8. juli 2004 i sak 2004/1036.

For øvrig følger også vedlagt kopi av brev herfra

19. oktober 2004 til Fylkesmannen i Troms om forståelsen av lovvilkåret «særlige grunner».

4. Jeg har ikke merknader til fylkesmannens praksis med å la være å innhente uttalelse fra fylkeskommunen og statlige sektormyndigheter ved dispensasjon fra avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2, jf. fylkesmannens spørsmål avslutningsvis.»

71.

Rammetillatelse for tilbygg og påbygg

(Sak 2004–1243)

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag stadfestet Trondheim kommunes vedtak om dispensasjon fra avstandsregelen i plan- og bygningsloven (pbl.) § 70 nr. 2 for oppføring av tilbygg og påbygg 1,5 meter fra nabogrensen.

Under henvisning til at fylkesmannen hadde lagt til grunn at tiltaket var til sjenanse for naboen, konkluderte ombudsmannen med at bygningsmyndighetene på en mer utførlig måte burde ha vurdert om det er mulig å utarbeide alternative forslag som ikke kommer i strid med pbl. § 70 nr. 2, eventuelt et forslag som er til mindre sjenanse for naboen. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på ny.

A søkte Trondheim kommune om rammetillatelse for tilbygg og påbygg på sin eiendom i Trondheim kommune. Minsteavstand fra planlagt tilbygg og ny garasje til felles nabogrense var målsatt til 1,5 meter. I følge kommunens opplysninger utgjør nytt bruksareal 105, 5 m² og nytt bebygd areal 72,0 m². Eksisterende bolighus har to bruksenheter og det er søkt om å bygge på en ny bruksenhet. Kommunen avsto søknaden, men etter klage fra tiltakshaveren innvilget bygningsrådet søknaden ved å gi dispensasjon fra bestemmelsen i plan- og bygningsloven (pbl) § 70 nr. 2 om at en bygnings avstand til nabogrensen minst skal være fire meter.

Nabo B påklaget vedtaket og Fylkesmannen i Sør-Trøndelag stadfestet kommunens vedtak i saken.

B brakte saken inn for ombudsmannen. Han var uenig i fylkesmannens vurdering og begrunnelse for å gi dispensasjon fra firemetersregelen i pbl. § 70 nr. 2. Han anførte i denne sammenheng at omsøkte tiltak vil føre til at solen (fra sør) vil bli borte ytterligere fire måneder i året samtidig som deler av hagen ikke vil få sol i det hele tatt. Han klaget også over innsyn fra tilbyggets vinduer og balkonger. Videre viste han til at det foreligger alternative plasseringsmuligheter på sørsiden av eiendommen som vil medføre mindre ulemper for ham (og også for den ubebygde naboeiendommen sør for tiltakshaverens).

Saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Sør-Trøndelag der det ble vist til firemetersregelen i pbl. § 70 nr. 2 samt § 7, som forutsetter at det må foreligge særlige grunner for at det skal kunne gis dis-

pensasjon. Fylkesmannen ble bl.a. bedt om redegjøre for hvilke særlige grunner som gir grunnlag for dispensasjon og herunder hvilke konkrete forhold/argumenter på tiltakshaverens side som er vektlagt som relevante i denne vurderingen. Det ble i denne sammenheng vist til at rådmannen (i saksutredningen til bygningsrådets vedtak) hadde beskrevet bygget som «svært dominerende, både i forhold til omkringliggende bebyggelse og til eiendommens topografi», herunder at det vil være i strid med pbl. § 74 nr. 2, mens bygningsrådet hadde lagt til grunn at tiltaket ikke vil «skille seg spesielt ut i forhold til omkringliggende bebyggelse», og at tilbygget er godt tilpasset terrenget.

Fylkesmannen skrev bl.a. i svaret at det var tatt stilling til tiltakets mulige avstand fra nabogrensen dersom det var plassert på sørsiden av tiltakshavers nåværende bolig, og at tiltaket trolig vil komme i strid med § 70 nr. 2 også ved en endret plassering. Fylkesmannen vurderte videre tiltaket slik at det ikke vil komme i konflikt med klagerens utsikt mot nord og vest. Bilder fra nylig avholdt befaringsfulgte vedlagt. Fylkesmannen konkluderte med at «tiltaket vil redusere sollyset noe, men ikke i et slikt omfang at vi tillegger det avgjørende vekt». Det ble videre presisert at boligene i denne saken ligger på forskjellig høydenivå og tiltakshaverens bolig ligger mer tilbaketrukket enn klagerens. Dette reduserte etter fylkesmannens oppfatning «muligheten for innsyn, da man vil se mye mindre av rommet innenfor». Det var ikke lagt vekt på søkerens helsetilstand i fylkesmannens vurdering. Saken var vurdert ut fra plan- og bygningslovens bestemmelser om avstand, høyde og estetikk.

B kommenterte fylkesmannens svar. Videre har tiltakshaveren C redegjort for sitt syn på saken. B kommenterte Cs merknader, og uttalte bl.a. at det er fullt mulig å bygge på huset uten at dette kommer «i strid med lover og naboer».

Fylkesmannen hadde ikke ytterligere merknader.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Plan- og bygningsloven § 70 nr 2 første ledd lyder:

«Hvis ikke annet er bestemt i plan etter kap. VI eller VII, skal bygning ha en avstand fra nabogrense som minst svarer til bygningens halve høyde og ikke under 4 meter.»

Det følger av rundskriv H-18/90 av 1. juli 1990 at formålet med § 70 bl.a. er brannvern hensyn og behovet for å sikre lys og luft mellom bygg og en viss avstand mellom nabobebyggelse.

Etter det opplyste har tiltakshaver søkt om å få bygge et påbygg og tilbygg på sin bolig som vil komme ca. 1,5 meter fra nabogrensen til klageren. Tiltaket er således betinget av dispensasjon fra av-

standskravet, jf. pbl. § 7, som gir bygningsmyndighetene adgang til å dispensere når det foreligger «særlige grunner». Dette innebærer som utgangspunkt at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjonssøknad. I forarbeidene, Ot. prp. nr. 56 (1984–85) s.101, er følgende uttalt om lovvilkåret:

«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.»

Det følger av pbl. § 7 at kommunen kan gi dispensasjon «etter søknad». Slik jeg ser det, må det da, sett i sammenheng med forarbeidene til bestemmelsen, stilles visse minstekrav til den grunn som anføres for at dispensasjon skal gis. Den må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og den må være relevant i den forstand at den må ligge innenfor de rammer plan- og bygningsloven gir anvisning på. Ut over dette alminnelige utgangspunktet, er det neppe rom for å kreve at dispensasjonsgrunnen alene skal være mer tungtveiende enn eller på annen måte «slå ut» de øvrige hensynene i saken. Dersom minstekravet er oppfylt, beror det ellers på plan- og bygningsmyndighetenes vurdering om de hensyn som gjør seg gjeldende for og imot medfører at dispensasjon skal gis. Det må videre kreves at plan- og bygningsmyndighetene på en uttømmende måte har løftet frem og vurdert de saklige hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Når dette er gjort, vil det ved spørsmålet om det foreligger særlige grunner måtte være et visst spillerom i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i dispensasjonsvurderingen.

I denne konkrete saken har fylkesmannen vært på befaring to ganger. I brevet hit 2. april 2004 har fylkesmannen nærmere redegjort for hvilke særlige grunner som tilsier dispensasjon, og hvilke konkrete forhold som er vektlagt i saken. Det er særlig lagt vekt på at tiltaket ikke synes å ta nevneverdig av sollyset på klagerens eiendom. Fylkesmannen fant heller ikke å tillegge klagerens anførsel om økt innsyn en slik vekt at det ikke forelå særlige grunner for dispensasjon. Forholdet til estetikkbestemmelsen i pbl. § 74 nr. 2 ble også vurdert.

Saksbehandlingen her er skriftlig og bygger på en gjennomgang av sakens dokumenter og annet skriftlig materiale. Det er således vanskelig for meg å danne meg et klart bilde av de faktiske forholdene i saken, som terrengforhold og grad av sjenanse for naboen. Slik saken fremstår her etter de undersøkelser som er foretatt, kan det likevel reises spørsmål om fylkesmannen i tilstrekkelig grad har vurdert om tiltakshaveren kunne ha plassert/utformet omsøkte tilbygg på en annen måte som ville være til mindre sjenanse for klageren. Fylkesmannen har under pkt. 2 i brev hit 2. april 2004 fremholdt at «dagens bolig har omtrent samme avstand fra klagers eiendom som fra naboeiendommen i sør», og at det på denne bakgrunn er konkludert med «at tiltaket trolig vil komme i strid med firemetersregelen også med endret plassering». Ut over dette, synes ikke alternativ utforming/plassering å være vurdert.

Fylkesmannen har i sin fornyede begrunnelse i brev 2. april 2004 til kommunen vist til at solforholdene på klagerens eiendom ikke er spesielt gode. Fylkesmannen har lagt til grunn at omsøkte tilbygg/påbygg vil redusere sollyset noe, men at dette ikke kan tillegges avgjørende vekt, jf. beliggenheten i bystrøk. Også muligheten for innsyn vil bli større etter at tilbygget blir oppført. Fylkesmannen har kommet til at sjenansen for klageren i forhold til innsyn og sollys ikke er så stor at det ikke foreligger særlige grunner for å dispensere fra avstadskravet i pbl. § 70 nr. 2. I og med at det er lagt til grunn at tiltaket medfører sjenanse for klageren, kan jeg ikke se annet enn at bygningsmyndighetene på en mer utførlig måte burde vurdert om det er mulig å utarbeide et alternativt forslag som ikke kommer i strid med pbl. § 70 nr. 2, eventuelt et forslag som er til mindre sjenanse for naboen.

På denne bakgrunnen synes fylkesmannen å ha begrenset sin vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i saken på en slik måte at det knytter seg «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på ny i lys av det som fremgår ovenfor. Jeg ber om også om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen foretar seg videre i saken. For ordens skyld understreker jeg at det må være adgang til å dispensere selv om hensynene bak avstadskravene blir skadelidende, men det må da fra søkerens side positivt kunne angis en grunn for at dispensasjon skal være aktuelt, jf. det som er sagt foran om vekten av slike grunner. For øvrig vil lokale vurderinger og hensyn være av betydning.

Spørsmålet om tiltaket tilfredsstillende kravene i pbl. § 74 nr. 2, dvs om tiltaket «tilfredsstillende rimelige skjønnshensyn både i seg selv og i forhold til omgivelsene» beror i stor grad på et arkitektfaglig skjønn, noe ombudsmannen ikke besitter. Videre er som nevnt saksbehandlingen her skriftlig, og jeg kan derfor ikke danne meg et bilde av den omkringliggende omgivelsen. Med disse begrensningene kan

jeg likevel ikke se annet enn at bygningsmyndighetene synes å ha vurdert saken ut fra en korrekt forståelse av bestemmelsen i pbl. § 74 nr. 2.»

72.

Spørsmål om fradeling av festet hyttetomt var i strid med kommuneplanen

(Sak 2004–1553)

Spørsmålet i saken var om fradeling av en tidligere festet hyttetomt var i strid med kommuneplanens arealdel, siden tomte var lagt ut til LNF-område. Hovedproblemstillingen var om søkeren hadde krav på å få fradelt hele det festede arealet, eller om det var grunnlag for å begrense fradelingstillatelsen til det som ifølge kommunen og fylkesmannen var «en naturlig størrelse på en hyttetomt».

Ombudsmannen viste til det rettslige utgangspunktet om at arealplaner bare er bindende for fremtidig arealutnyttelse. Han uttalte at det kunne synes som om fylkesmannens standpunkt innebar en innsnevring av prinsippet om at fradeling til såkalt «uendret bruk» ikke kommer i strid med planen. Videre mente han at det virket kunstig å begrense arealet ut i fra hva som anses som «passende størrelse» på en hyttetomt. Det rettslige utgangspunktet for vurderingen måtte være den faktiske bruken søkeren hadde gjort av området så lenge denne var lovlig. Fylkesmannen opphevet senere vedtaket, og ga tillatelse til fradeling som omsøkt.

En advokat søkte, på vegne av hjemmelshaver (A) til den aktuelle eiendommen i Larvik kommune, om fradeling av en festetomt på ca. 2000 kvadratmeter. Tomta var bebygd med en hytte. I vedtak 31. juli 2002 innvilget kommunen søknaden delvis, det vil si den innvilget fradeling av et areal begrenset til ca. 1350 kvadratmeter. Tomta hadde vært bortfestet siden 1960, og søknaden gjaldt tomte slik den var beskrevet i festekontrakten. I reguleringsplanen fra 1981 var hytta markert på kartet uten konkret angivelse av tomtegrense. Det var kun markert et mindre areal rundt eksisterende bygninger, herunder den aktuelle hytta, som byggeområde. I Larvik kommunes arealplan, vedtatt av kommunestyret 4. oktober 1995, ble tomte utlagt til LNF-område. Kommunens begrunnelse for bare delvis å innvilge fradelingssøknaden var at fradeling av hele den omsøkte tomte ville komme i strid med planformålet landbruk. Kommunen mente derfor at fradeling av tomt til fritidsbolig i utgangspunktet krevde dispensasjon. Den fant imidlertid at prinsippet om at fradeling til uendret bruk ikke rammes av fradelingsforbudet måtte gi søkeren krav på å få fradelt en tomt av «hensiktsmessig størrelse». Vedtaket ble påklaget av advokaten som mente det ikke var grunnlag for å begrense tillatelsen slik kommunen hadde gjort. Fylkesman-

nen i Vestfold var enig med kommunen i dens vurderinger, og stadfestet i vedtak 6. mars 2003 fradelingstillatelsen. Klagen ble ikke tatt til følge.

I klage hit 5. august 2003 over fylkesmannens vedtak fremholdt advokaten, nå på vegne av A og kjøper/fester B, at det ikke var rettslig grunnlag for å nekte fradeling av hele det tidligere festede arealet. Hun ba ombudsmannen vurdere om kommunen og fylkesmannen i delingssaken «kan øve kontroll med tomtebehovet». Videre bestred hun oppfatningen om at ca. 1000 kvadratmeter var en «naturlig størrelse på en hyttetomt». Hun var ikke enig i at fradeling av et større areal ikke «vil falle inn under betegnelsen uendret bruk», og karakteriserte standpunktet som «uforståelig». Det var ikke grunnlag for å hevde «at 1300 kvm er uendret bruk, mens 2000 kvm ikke er det». Hun bestred videre fylkesmannens oppfatning om at «det innvilgede arealet utgjør et naturlig areal og grense rundt hytta». Hun presiserte at den festede tomte omfatter en hel steinhylle som hytta ligger på, og at det innvilgede arealet bare utgjør en del av dette. Hun mente derfor at «det hadde vært mer naturlig at tomten omfattet hele steinhyllen». Avslutningsvis kom advokaten med enkelte innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at tillatelsen måtte begrenses av hensyn til ønsket om å unngå privatisering. Hun understreket at søknaden utelukkende hadde sin bakgrunn i et ønske om å få tildelt «eget gårds- og bruksnummer av hensyn til tinglysingen», og ikke for å få «muligheten til å iverksette nye tiltak på tomten».

På grunnlag av klagen og saksdokumentene innhentet fra Larvik kommune, ble Fylkesmannen i Vestfold i brev herfra 26. september 2003 bedt om å kommentere en del av de spørsmålene som ble reist i klagen. Fylkesmannen ble innledningsvis bedt om å redegjøre nærmere for standpunktet om at fradeling av større areal enn det som kan karakteriseres som en naturlig størrelse på en hyttetomt krever dispensasjon fra kommuneplan/reguleringsplan, med andre ord presisere det rettslige grunnlaget for å nekte fradeling av hele det tidligere festede arealet. Det ble vist til en uttalelse fra Miljøverndepartementet 9. juli 1997, som fylkesmannen hadde vist til i vedtak 6. mars 2003, og spurt om fylkesmannen mente det var nødvendig eller hensiktsmessig å be departementet redegjøre for sitt syn på det spørsmålet denne saken konkret gjelder. For det andre ble det vist til advokatens anførsel om at kommunen uansett ikke kan «forhindre at eieren av tomten fester det tilleggsareal som ikke tillates fradelt» og spurt om det egentlig er grunnlag for å si at fradeling av hele arealet vil virke privatiserende. Fylkesmannen ble i den forbindelse bedt om å redegjøre nærmere for hvorfor allmennhetens interesser anses å bli bedre ivaretatt ved at tomte festes enn eies.

I brev hit 31. oktober 2003 presiserte fylkesmannen innledningsvis at det ble lagt til grunn at «fradeling av en hyttetomt rundt bygningen anses som fra-

deling til uendret bruk som ikke rammes av fradelingsforbudet», mens fradeling «av det areal som ikke anses som en naturlig størrelse på en hyttetomt» krever dispensasjon fra LNF-formålet i kommuneplanen. Videre svarte fylkesmannen:

«Fylkesmannen uttaler i sitt vedtak at en ikke kan legge avgjørende vekt på at det foreligger en festeavtale på 2000 kvm. Kontraktsmessige avtaler mellom private parter kan ikke medføre rettigheter etter plan- og bygningsloven. I dette legger vi at selv om det inngås en kjøpsavtale eller festeavtale for et område vil en ikke ha krav på fradeling. En fradelingssøknad må behandles etter reglene i plan- og bygningsloven, kommuneplan og eventuell reguleringsplan for området.

Deling av eiendom eller bortfeste av enhet i mer enn 10 år krever i dag søknad etter plan- og bygningsloven § 93 h). Søknad om fradeling til hytteformål i et LNF-område vil kreve dispensasjon. Dersom dispensasjon skulle bli gitt er det helt på det rene at tomten ville blitt begrenset til et areal som er en naturlig størrelse til formålet. En ville tatt hensyn til bl.a. allmenne friluftsinnteresser, verneinteresser osv.

I dette tilfellet er tomten imidlertid bebygget og festeavtalen er inngått på et tidspunkt da loven ikke satte krav om fradelingssøknad. Søknaden om fradeling må imidlertid behandles etter dagens rettsregler. Fylkesmannen fant det urimelig at en privatrettslig avtale skal legges til grunn for en fradeling av hyttetomt i et område hvor fradeling ikke er tillatt. På den annen side, er det som nevnt ikke i strid med deleforbudet å fradele til uendret bruk, men fylkesmannen finner det rimelig at det kun tillates fradelt et område rundt hytta som har vært i bruk som hytteeierens naturlige bruksareal og uteoppholdsareal. En hyttetomt på over 1300 kvm anses for en rimelig stor hyttetomt. Området utover dette anser fylkesmannen ikke å være fradeling til uendret bruk.

Når det gjelder anmerkingen om privatisering og at kommunen ikke vil kunne «forhindere eieren av tomten fester det tilleggsareal som ikke tillates fradelt» til klager eller andre, viser fylkesmannen til det som er sagt foran om krav til fradeling. Det er av privatiseringshensyn en stor fordel at arealet tilhører hovedbruket. Dersom søker har rett til fortsatt feste av det resterende arealet, er fylkesmannen enig med klager i at det ikke vil ha betydning for allmennheten om det er hovedbruket eller klager som er eier. Fester vil ha rett til å bruke festearealet som sitt eget. Fylkesmannen finner likevel å legge til grunn at fradeling av større areal enn det som naturlig har vært i bruk av fester vil kreve dispensasjon fra kommuneplanen».

Fylkesmannen svarte til slutt at hun overlot til ombudsmannen å avgjøre hensiktsmessigheten/ nødvendigheten av å forelegge spørsmålet for Miljøverndepartementet. Fylkesmannen opplyste imidlertid at hun hadde vært i kontakt med departementet, som hadde opplyst at «forholdet ikke har vært vurdert der og at en er usikker på resultatet».

I brev herfra 5. november 2003 ble Miljøverndepartementet bedt om å redegjøre for sitt syn på saken.

Miljøverndepartementet svarte i brev hit 8. januar 2004. Departementet presiserte at det ikke «går inn med direkte henvisninger i konkrete enkeltsaker som fylkesmannen har til behandling», men at det på «generelt grunnlag [kan] gi råd og veiledning». Departementet uttalte deretter:

«Utgangspunktet etter bestemmelsene i plan- og bygningsloven er at oppføring av fritidsbolig og fradeling til slikt formål i LNF-områder i kommuneplanens arealdel er forbudt, med mindre det til denne arealbrukskategorien er knyttet en bestemmelse om fritidsbebyggelse etter § 20–4 annet ledd bokstav c.

Departementet har imidlertid akseptert at eiendommer innenfor LNF-områder som er bebygd med fritidsbolig og som faktisk brukes som slike, skal kunne fradeles til fritidseiendom uten dispensasjon fra arealplanen, såkalt fradeling til uendret bruk. Det presiseres i den forbindelse at bruken av eiendommen må være lovlig. I slike tilfeller har departementet lagt til grunn at den faktiske situasjonen for LNF-kategorien ikke vil endres, da man gjennom fradelingen kun stadfester den eksisterende arealbruksituasjon. Departementets oppfatning på dette felt har fått alminnelig tilslutning.

Vi har imidlertid i denne vurderingen ikke tatt standpunkt til hvorvidt eier skal kunne kreve å få fradele slik bebygd eiendom i sin helhet, dvs. uansett eiendommens størrelse. Dette spørsmål må etter departementets mening bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Et moment i denne vurderingen kan for eksempel være størrelsen på lignende eiendommer i området, terrengmessige avgrensinger og hvorledes den faktiske bruken av den aktuelle eiendommen utøves».

Til slutt uttalte departementet:

«Rundt omkring i landet finnes det mange «fritidseiendommer» i LNF-områder. Fritidseiendommene kan variere i størrelse, alt fra ett dekar til titalls dekar. De ulike eiendommer vil imidlertid normalt ha en faktisk fritidsbruk som begrenses av selve bebyggelsen i tillegg til et mer avgrenset nærområde. Dersom man i alle disse tilfeller skulle kunne tillate fradeling av eiendommer i sin helhet uten dispensasjon ville dette kunne komme i direkte strid med arealplanens LNF-kategori, og undergrave den arealdisponering kommunen gjennom plan har lagt opp til. Fradeling i slike tilfeller må eventuelt skje gjennom dispensasjon etter bestemmelsen i plan- og bygningslovens § 7 og følge de behandlingsregler som der gjelder».

I brev 26. januar 2004 hit kom advokaten med merknader til departementets uttalelse. Når det gjaldt momentet størrelsen på lignende eiendommer i området, opplyste hun at disse er vanskelige å fastslå fordi «svært få er oppmålt og fradelt med egne gårds- og bruksnumre». Vedrørende betydningen av den terrengmessige avgrensingen av tomten, viste advokaten til tidligere skriv i saken. Hun gjentok at eiendommen ligger på en steinhylle, og at det ikke er

etablert noen ferdselsvei eller sti over eiendommen. Videre at festetomten omfatter hele steinhyllen og at det ville være naturlig at den fradelte eiendommen gjorde det samme, altså «fulgte den terrengmessige avgrensingen». Når det gjaldt momentet faktisk bruk, fremholdt advokaten at bruksutøvelsen ikke hadde vært et tema i saken tidligere, herunder at verken kommunen eller fylkesmannen hadde bedt om opplysninger vedrørende faktisk bruk. Hun presiserte at det ikke finnes holdepunkter for å fastslå at «den faktiske bruken har begrenset seg til det antall m² som kommunen og Fylkesmannen mener tomten bør utgjøre».

Fylkesmannen hadde ikke ytterligere merknader i saken.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Det følger av plan- og bygningsloven § 20–6 annet ledd at tiltak som er nevnt i §§ 81, 86a, 86b og 93, når ikke annet er bestemt, ikke må «være i strid med arealbruk eller bestemmelser fastlagt i endelig arealplan». Siden den aktuelle tomte i kommuneplanen er avsatt til LNF-område, vil ikke bare oppføring av fritidsbebyggelse, men også fradeling til slikt formål, (fritidsbebyggelse) i utgangspunktet komme i strid med planen.

Planen er imidlertid bare bindende for fremtidig arealutnyttelse. Den er således ikke til hinder for fradeling til såkalt «uendret bruk». Det er derfor ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt fra fylkesmannens side, at tiltak som lovlig er iverksatt før kommuneplanen ble bindende ikke kan nektes med hjemmel i planen.

Det kan reises spørsmål om ikke fylkesmannens standpunkt i saken innebærer en innsnevring av prinsippet om at fradeling til uendret bruk ikke er i strid med arealplanen, idet søkeren bare gis rett til å få fradelt en tomt av «hensiktsmessig» eller «naturlig» størrelse. Dersom søknaden gjelder areal utover det forvaltningen mener er slik passende størrelse, har fylkesmannen lagt til grunn at det må søkes dispensasjon for det overskytende areal. Fylkesmannen mener at 1300 kvm er passende størrelse på en hytte-tomt i området. Areal utover dette er ifølge fylkesmannen ikke fradeling til uendret bruk, og fylkesmannen kan ikke se at det foreligger «særlige grunner» for å gi dispensasjon for fradeling for et større areal. Begrunnelsen synes hovedsakelig å være at fylkesmannen frykter at fradeling av et større areal vil kunne bidra til økt privatisering av området.

Jeg kan ikke slutte meg fullt ut til fylkesmannens forståelse av pbl. § 20–6 annet ledd. Hovedregelen er at fradeling til uendret bruk ikke rammes. Slik jeg ser det blir det da kunstig å begrense arealet ut i fra hva som anses som en «passende hyttetomt». Det

rettslige utgangspunktet for vurderingen må være den faktiske bruk søkeren har gjort av området så lenge den har vært lovlig. Jeg kan ikke se at fylkesmannen har vurdert dette. Selv om jeg har forståelse for at en slik vurdering kan være vanskelig å foreta rent konkret, idet den beror på faktiske forhold som det kan være vanskelig å skaffe seg oversikt over, vil andre momenter som tomtas terrengmessige avgrensning samt størrelsen på andre hyttetomter i området være relevante momenter, jf. Miljøverndepartementets brev hit 8. januar 2004 og opplysningene fra advokaten i forbindelse med undersøkelsen herfra. Det vises videre til at tomte allerede er bebygd og at søknaden omfatter tilsvarende areal som festekontrakten. Videre inneholder ikke reguleringsplanen holdepunkter for å avgrense arealet til 1300 kvm. Sistnevnte er så vidt jeg kan se et viktig moment, og for øvrig en forskjell fra en sak Miljøverndepartementet ga uttalelse til i brev 18. desember 2002 til Fredrikstad kommune, der omsøkte fradeling kom direkte i strid med tomteinndelingen i reguleringsplanen. Det er ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på spørsmålet om resultatet ville blitt et annet dersom tomtas grenser og størrelse også i denne saken var klart definert i reguleringsplanen.

Når det gjelder fylkesmannens anførsel om at fradeling vil kunne bidra til privatisering av området i strid med allmenne friluftinteresser og verneinteresser, kan jeg ikke se at det kan få betydning om tomte eies eller festes. Jeg har merket meg at fylkesmannen i og for seg synes å være enig i dette, jf. brevet hit 31. oktober 2003.

Jeg kan etter dette vanskelig se at hovedformålet med delingsforbudet, å sikre at parsellene ikke brukes i strid med den fastlagte arealbruken i kommuneplanen, blir mindre godt ivaretatt ved at det gis tillatelse til fradeling som omsøkt.

Det knytter seg etter undersøkelsene herfra «be-grunnet tvil» med hensyn til om fylkesmannen hadde tilstrekkelig hjemmel i plan- og bygningsloven § 20–6 annet ledd for uten videre å ta som utgangspunkt at fradeling av større areal enn det som kan karakteriseres som en naturlig størrelse på en hytte-tomt krever dispensasjon fra kommuneplanen, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10 annet ledd. Jeg ber derfor fylkesmannen om å foreta en fornyet vurdering av saken i lys av ovennevnte.

Dersom fylkesmannen etter en fornyet vurdering finner å opprettholde det tidligere vedtaket 6. mars 2003, bes fylkesmannen ta stilling til om det er grunnlag for å foreta en fornyet vurdering av om det foreligger særlige grunner for dispensasjon etter reglene i pbl. § 7.

Jeg ber om å bli holdt underrettet om hva fylkesmannen foretar seg videre i saken.»

Fylkesmannen opphevet senere vedtaket, og ga tillatelse til fradeling som omsøkt.

73.

Tillatelse til oppføring av tomannsbolig med carport – forholdet til «Småhusplanen»

(Sak 2004–1532)

Saken gjaldt tillatelse til oppføring av tomannsbolig med carport. En tillatelse ble gitt av Oslo kommune, plan- og bygningsetaten og senere stadfestet av Fylkesmannen i Buskerud. Hovedspørsmålet i saken var tiltakets forhold til «Småhusplanens» krav til bebyggelsens plassering og utforming.

Ombudsmannen ga uttrykk for at det syntes tvilsomt om tiltaket var i samsvar med «Småhusplanen».

Oslo kommune, plan og bygningsetaten, ga 18. juni 2002 rammetillatelse for oppføring av tomannsbolig med carport på eiendommen X i Oslo kommune. Tillatelsen ble påklaget av naboer til eiendommen. Fylkesmannen i Oslo og Akershus erklærte seg inhabil til å behandle klagen, slik at Fylkesmannen i Buskerud ble oppnevnt som settefylkesmann. Fylkesmannen i Buskerud stadfestet i vedtak 16. september 2003 kommunens rammetillatelse.

A, som eier naboeiendommen Y, klaget i brev 29. september 2003 til ombudsmannen. Klagen var også på vegne av to andre naboer. A gjorde i hovedsak gjeldende at tiltaket brøt med reguleringsplanens bestemmelser om plassering og utforming samt at kommunen og fylkesmannen hadde regnet tillatt bebygd areal (BYA) uriktig slik at tiltaket hadde for høy utnyttelsesgrad. A utdypet og presiserte anførselene i klagen i konferanse her 27. november 2003.

På grunnlag av klagen og saksdokumentene innhentet fra Oslo kommune og Fylkesmannen i Buskerud, ble fylkesmannen i brev herfra 18. desember 2003 bedt om å kommentere en del av de spørsmålene som ble reist i klagen. Fylkesmannen ble først bedt om å kommentere tiltakets forhold til reguleringsbestemmelsenes punkt 3.3. Fra foreleggelsen siteres:

«1. Reguleringsbestemmelsenes § 3 har krav til bebyggelsens plassering og utforming.

a) Punkt 3.3, gjelder utforming av bebyggelsen. Første punktum lyder:

«Ny bebyggelse skal, når det gjelder volumer, materialbruk og farger, utformes på en slik måte at området samlet fremstår med et godt helhetlig preg».

Av retningslinjene til bestemmelsen framgår det at «bestemmelsen er en presisering av plan- og bygningsloven § 74 nr. 2 («skjønnhetsparagrafen»)».

Et formål med bestemmelsen synes å være å presisere at det ved utbygging skal tas hensyn til eksisterende omgivelser og bebyggelse. Dette betyr klart nok ikke at man er bundet til å kopiere eksisterende bebyggelse. Avvikende utforming av enkeltbygninger i et ellers enhetlig bebygget område kan tenkes å gi god variasjon, og således også gi området et «godt helhetlig preg.»

Fylkesmannen har vært på befaring. Han fant at «bygningen i sin formgivning, volum og plassering avviker fra den eksisterende bebyggelse og bryter med strøkets karakter slik det fremstår i dag». Fylkesmannen har altså lagt til grunn at strøket har en helhetlig karakter, slik at dette ikke er omtvistet.

Bestemmelsen gir anvisning på en utpreget skjønnsmessig vurdering. Det vil naturlig nok ofte være delte meninger med hensyn til om en kontrast gir en god helhetsvirkning. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes slik at den er uten realitet så snart det påvises delte meninger. Når avvik fra eksisterende bebyggelse er så markant at det nærmest blir tale om en «konflikt», må bestemmelsen på selvstendig grunnlag kunne hjemle avslag på en søknad.

Fylkesmannens vurdering av tiltakets forhold til eksisterende omgivelser/bebyggelse synes noe knapp. Fylkesmannen bes derfor på den ovenfor skisserte bakgrunn redegjøre nærmere for tiltakets forhold til reguleringsbestemmelsene punkt 3.3. Fylkesmannen bes herunder redegjøre nærmere for hvordan han har vurdert tiltakets fasadeutforming, takløsning (flatt tak), form og eksteriør/farge mot den eksisterende bebyggelsen.

b) A gjør gjeldende at tiltaket på en uheldig måte bryter med eksisterende bebyggelses lengeretning m.v. Det bes om at fylkesmannen kommenterer innvendingene mot plasseringen på tomte, jf. reguleringsbestemmelsene punkt 3.1 første ledd, der det fremgår at «ny bebyggelse skal plasseres slik at det oppnås en god funksjonell og arkitektonisk helhetsvirkning i forhold til eksisterende omgivelser». Har området, slik fylkesmannen vurderer det, et «enhetlig bebyggelsesmønster», jf. samme bestemmelses annet ledd om at «i områder med enhetlig bebyggelsesmønster skal det legges særlig vekt på at ny bebyggelse viderefører områdets typiske kvaliteter». Se her retningslinjene til punkt 3.1 om at det med enhetlig bebyggelsesmønster menes at «bygninger er plassert i en planmessig orden i forhold til andre bygninger og i forhold til vei, nabogrenser, møneretning og lignende».

c) A hevder videre at plasseringen medfører tap av kveldssol og store innsynsproblemer på hans «beste uteoppholdsplass» (uteoppholdsplassen i nord). Han gjør gjeldende at plasseringen er den «absolutt dårligste løsningen» sett fra naboens side.

Utgangspunktet etter pbl. § 70 nr. 2 er, som fylkesmannen har lagt til grunn, at tiltakshavers ønske med hensyn til plassering skal imøtekommes dersom ikke avgjørende grunner taler i mot det. Med avgjørende grunner siktes det, ifølge Kommunaldepartementets rundskriv H-18/90, til plassering/høyde som medfører betydelige ulemper for naboene.

Fylkesmannen har vist til at tiltaket «oppfylder de krav som følger av lovverket og den relevante reguleringsplan», og konkludert med at høyde og plassering ikke påfører naboene «betydelig ulempe». Fylkesmannen bes redegjøre nærmere for denne vurderingen. Mener fylkesmannen at innsynet fra bygningens vindusflater i syd ikke gir innsynsproblemer utover det som må karakteriseres som «vanlig» og som må påregnes i bymessige strøk?

Det bes også om at fylkesmannen kommenterer forholdet til reguleringsbestemmelsene punkt 3.1 første ledd om at bebyggelsen skal

plasseres slik at det «tas hensyn til at konsekvensene blir akseptable for eksisterende boliger og uteoppholdsareal» (vår kursivering). Se også § 8 (krav til uteoppholdsareal), der det presiseres at «rimelige krav til innsynsfrihet, sol- og lysforhold skal tilfredsstilles».

Fylkesmannen ble videre bedt om å kommentere A's innvendinger mot hvordan tillatt bebygd areal (BYA) var beregnet. Fra brevet siteres:

«2. Tillatt bebygd areal

A har også innvendinger mot måten tillatt bebygd areal (BYA) er beregnet på. Han mener, som fylkesmannen er kjent med, at felles avkjørsel skal trekkes fra ved utregningen.

Reguleringsbestemmelsene § 4 regulerer tillatt bebyggelse og grad av utnytting. Det framgår av retningslinjene til bestemmelsen at «netto tomt» i § 4 er oppmålt tomt med unntak av blant annet areal som inngår i «regulert eller opparbeidet felles avkjørsel». Fylkesmannen har lagt til grunn at tomtens netto størrelse er 1046 m², slik at tillatt bebygd areal er regnet etter reglene i § 4b med BYA inntil 28 % av netto tomt. Fylkesmannen har konkludert med at netto størrelse er 1046 m² fordi Forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) § 3–10 definerer «tomt» som (hele) det tomtearealet som ligger innenfor grensene for reguleringsformålet. Fylkesmannen oppfattes herfra dit hen at han mener det er motstrid mellom TEK § 3–10 og retningslinjene til § 4, og at TEK da må gå foran.

A forstås slik at han er enig i at TEK går foran reguleringsbestemmelsene med retningslinjer ved motstrid. Han mener imidlertid at det ikke er noen konflikt mellom TEK § 3–10 og reguleringsbestemmelsene/retningslinjene. Han anfører derimot at begrepet «netto størrelse» innledningsvis i § 4a (som altså blir avgjørende for om BYA skal være på inntil 24 % eller inntil 28 %) ikke omhandles i TEK § 3–10, og således heller ikke i retningslinjene.

Etter A's oppfatning er det begrepet «netto tomt» i § 4a *i.f.* som defineres i TEK § 3–10. Han mener på denne bakgrunn at det ikke er noe i veien for å anvende retningslinjene, dvs. trekke fra avkjørselen, når man skal avgjøre om det er litra a eller b som skal anvendes. Etter A's oppfatning er det altså «tillatt» å bruke retningslinjenes definisjon når «netto størrelse» beregnes fordi dette ikke strider mot TEK.

Fylkesmannen synes ikke å ha kommentert dette synspunktet. Det bes derfor om fylkesmannens kommentarer til A's fortolkning av regelverket.»

Fylkesmannen svarte i brev hit 30. januar 2004. Det ble innledningsvis opplyst at fylkesmannen hadde innhentet en uttalelse fra Oslo kommune, plan- og bygningsetaten. Kommunens uttalelse 23. januar 2004 fulgte vedlagt. Til spørsmålene herfra vedrørende reguleringsbestemmelsene § 3, svarte fylkesmannen:

«Fylkesmannen vil innledningsvis bemerke at den aktuelle reguleringsplan gjelder «småhusområder i Oslo ytre by» og hensikten med pla-

nen slik reguleringsbestemmelsens § 1 angir er å «tilrettelegge for fortetting innenfor planområdet». En konsekvens at dette vil, etter fylkesmannens syn, være at en må påregne at eksisterende villastrøk gradvis vil endre karakter bl.a. ved at en må forvente at det på allerede bebygde tomter vil kunne utvikles en helt annen utbygging/bebyggelse som mer eller mindre vil kunne bryte med strøkets karakter og det tradisjonelle eksisterende villamessig preget. Det kan ikke være reguleringsplanens intensjon at nye tiltak skal utføres som kopier av eksisterende bebyggelse som består av ene- og tomannsboliger i funksstil fra 1930-årene. Etter fylkesmannens oppfatning vil planens formålsangivelse om fortetting være et relevant hensyn som må tillegges vekt når det gjelder fortolkning og anvendelse av reguleringsbestemmelsene på fortettingsprosjekter innenfor planområdet.

Når det gjelder tiltakets forhold til eksisterende omgivelser/bebyggelse, kan fylkesmannen slutte seg til de vurderinger som kommunen har gjort i sin redegjørelse til fylkesmannen og som delvis er en gjentakelse og presisering av tidligere synspunkter, jfr. bl.a. rammetillatelse av 18.06.02 (s. 2 estetiske krav og s. 3 plan- og bygningsetatens samlede vurdering). Fylkesmannen mener derfor at kommunen har foretatt en tilstrekkelig og forsvarlig vurdering av tiltakets forhold til reguleringsbestemmelsene og en har herfra ikke hatt merknader til det utviste skjønn. En peker imidlertid på at de vurderinger som er foretatt er av utpreget skjønnsmessig art og av arkitektfaglig karakter.

Pkt. 1 a og b i ombudsmannens brev.

Når det gjelder tiltakets forhold til reguleringsbestemmelsenes § 3.3, viser en til det som er uttalt av kommunen om at tiltaket er utført i bevisst kontrast til eksisterende bebyggelse og at tiltakets volum og høyde innordner seg de store funksvillane, og at tiltaket materialmessig er tilpasset omgivelsene med utstrakt bruk av trepanel. Kommunen angir at tiltaket er et «svært godt eksempel på gjennomarbeidet tidstypisk arkitektur fra vår tid.» Fylkesmannen har ikke hatt avgjørende innvendinger mot kommunens arkitektoniske vurderinger. Selv om tiltaket for så vidt representerer et stilbrudd (og kontrast) til omgivelsene kan en vanskelig se at tiltaket kommer i strid med kravet til estetikk i reguleringsbestemmelsenes § 3.3, jfr. pbl. § 74 nr. 2.

I likhet med kommunen mener fylkesmannen at plassering av to-mannsboliger i en klar nord-syd orientering er gunstig i forhold til eksisterende bebyggelse, både når det gjelder sol/lysforhold, utsikt og generell brukbarhet av uteområdene. Fylkesmannen viser til at det i rammetillatelsen av 18.06.02 s. 3 heter: «Tiltaket er meget bevisst plassert på tomten for å sikre best mulig lys- og utsiktsforhold på naboeiendommene.» Fylkesmannen har ikke hatt merknader til denne arkitektfaglige vurderingen.

Når det gjelder tiltakets plassering i terrenget, kan en slutte seg til kommunens uttalelse om at ved å plassere tiltaket på tvers av terrenget oppnås ikke så høye gesimshøyder som man ellers ville fått dersom tiltaket var plassert i en øst-vestlig orientering. Ved en slik plassering ville man kunne oppnå et hus med mønehøyde opp mot 1,5 meter høyere enn det godkjente tiltaket,

ettersom gjennomsnittlig terrengnivå i en slik situasjon ligger høyere enn for dette tiltaket.

I forbindelse med prosjektering av det nye tiltaket i X har utbyggers arkitekt utarbeidet en prinsippskisse (plan) for fremtidig utbygging/fortetting av flere eiendommer innen det samme kvartalet. Denne planskissen ble vist frem under befaringen. Den tenkte utbygging viser et nytt bebyggelsesmønster innenfor det etablerte mønsteret som eksisterer og hvor det aktuelle tiltaket inngår som en integrert del. De arkitektfaglige vurderinger konkluderer med at fortetting etter en slik plan vil være den mest gunstige også i forhold til å opprettholde kvalitetene mest mulig for eksisterende bebyggelse.

Pkt. 1 c.

Det er klart at det aktuelle byggs vindusflater mot syd medfører ulemper for klageren (A) i form av innsyn på hans eiendom. Fylkesmannen har imidlertid ikke funnet at disse ulempene kan anses som betydelige. I etablerte villastrøk hvor nyere reguleringsplan åpner for fortetting, må det påregnes at det kan oppstå innsynsproblemer i større eller mindre grad. Slike ulemper i form av innsyn som i angjeldende sak kan neppe anses som upåregnelige eller uvanlige. Ved vurderingen av om ulempene er betydelige har fylkesmannen lagt vekt på at innsynet er begrenset til klagerens gårdsplass, husets inngangsparti/nordfasade samt uteareal og anlagt uteoppholdsplass i nord. Slik klagerens hus er plassert på tomta (og de øvrige hus i veien) berøres ikke hans største uteareal (hage) i syd eller de 2 syd/vestvendte verandaer i 1. og 2. etasje på husets sydside.

Pkt 2. Tillatt bebygd areal.

Når det gjelder definisjonen av tomtebegrepet i TEK, viser en til vedlagte kopi av Planjuss 2003/365. Det fremgår der at uteoppholdsareal eller opparbeidet veiareal inngår/medregnes i tomtearealet når arealet i reguleringsplanen er avsatt til byggeområde. Fylkesmannen fastholder at når det er motstrid mellom TEK § 3–10/kap 22:3 i tidligere byggeforskrifter fra 1987 og reguleringsbestemmelsene § 4, jfr. retningslinjene til denne, må TEK gå foran. Den presisering som retningslinjene til § 4 gir er derfor ikke juridisk holdbar og bestemmelser og retningslinjer bør derfor endres.

Fylkesmannen bemerker i likhet med kommunen at det vil virke helt urimelig og inkonsekvent dersom en skal legge forskjellig innhold i begrepet «netto størrelse» innledningsvis i § 4a i forhold til begrepet «netto tomt» i § 4a if., slik klageren synes å mene. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at regelverket må tolkes likt i forhold til tomtebegrepet i § 4. Etter det som er opplyst av kommunen har reguleringsbestemmelsenes § 4 også vært praktisert konsekvent ved at tomtebegrepet slik det er definert i TEK har vært lagt til grunn så vel når det gjelder spørsmålet om hvilken u-grad som skal benyttes for tiltaket etter alternativ § 4 a, b eller c som når det gjelder selve beregningen av u-graden for tiltaket».

Klageren kom med merknader til fylkesmannens svar i brev hit 16. februar 2004:

«Fylkesmannen skriver at hensikten med reguleringsplanen er «å tilrettelegge for fortetting innenfor planområdet». Fortsettelsen av setningen lyder «med høye krav til funksjonell, miljømessig og estetisk kvalitet i de nye byggeprosjektene og til bomiljøet som helhet», men fylkesmannen valgte å ikke ta med denne delen av setningen.

Fylkesmannen (og PBE) mener at det ikke kan være reguleringsplanens intensjon at nye tiltak skal utføres som kopier av eksisterende bebyggelse. Det er det som kjent heller ingen av klagerne som har hevdet. Vi har bare hevdet at de ulike krav og begrensninger som reguleringsplanen inneholder skal overholdes.

Fylkesmannen og PBE fortegner proporsjonene i området. Der det hevdes at det er store ubebygde eplehager mellom husrekkene iveien ogveien, er det i virkeligheten snakk om hus med tomter på ca 1000m², som er langt mindre enn det som kreves for å kunne skille ut halvparten til en egen tomt. Eksisterende hus beskrives som de store funksivillaene, mens nybygget beskrives som en relativt liten tomannsbolig.

Virkeligheten viser at nybygget er vesentlig større enn de eksisterende husene, enten man regner høyde, lengde eller volum. Når dette kombineres med «halvert tomt», gir dette vesentlige brudd på byggeomønsteret.

Plasseringen på tvers av eksisterende bebyggelse fremholdes som svært gunstig, fordi man ellers ville kunne få en mønehøyde opp mot 1,5 m høyere enn det godkjente tiltaket. Dette er en meningsløs påstand så lenge huset har flatt tak. Vi har heller ikke påstått at prosjektet ville blitt bedre av bare å endre retningen på huset.

Det fremholdes også at prosjektet har god uteplass uten sjenerende innsyn. Det er jo bra, men vi har klaget på at våre uteplasser har fått påfallende sjenerende innsyn.

Ved vurderingen av om ulempene er betydelige, legger fylkesmannen vekt på at innsynet er begrenset til gårdsplass, inngangsparti og anlagt uteoppholdsplass i nord, mens vårt største uteareal, nemlig hage/veranda i sør ikke blir rammet. Dette gjør han selv om jeg ved flere anledninger har forklart at trafikkstøy, vindforhold og ettermiddags/kveldssol gjør nordsiden av huset til den definitivt viktigste uteoppholdsplassen.

Som oppsummering av disse forholdene mener jeg at fylkesmannen har nøydt seg med å finne enkelte positive forhold ved prosjektet, for så å begrunne avslag på klagen med disse forholdene. Jeg mener at det ikke er nok å finne eksempler på forhold som er mer eller mindre i tråd med reguleringsplanen, så lenge vi har vist til utallige forhold der det er i *strid* med planen. Fylkesmannen har ikke påpekt feil i mine påstander om brudd på § 3. Han har heller ikke vist til feil i forhold til notatet fra Byggforsk. Han har etter min mening derfor ikke klart å gi utfyllende begrunnelse på de klare problemstillingene fra sivilombudsmannen.»

Til fylkesmannens redegjørelse for beregningen av BYA, hadde A følgende merknader:

«Planjuss forteller helt riktig hva TEK har som landsdekkende definisjon av tomteareal. I beregningen av BYA blir begrepet brukt for å la-

ge *maksimale* grenser for bebyggelsen av tomt. Hensikten er å si at den delen av den opprinnelige tomten som vanligvis er regulert til tilhørende villavei *ikke* skal være med i beregningsgrunnlaget. Denne landsdekkende maksimumsregelen *krever* ikke at felles avkjørsel skal trekkes fra ved beregning. Likevel kan jeg ikke se at den *forhindrer* kommunale vedtak om dette.

Som sammenligning viser jeg til TEK, beregning av minste uteoppholdsareal (MUA). Her krever TEK at felles avkjørsel *skal* trekkes fra, fordi det her er snakk om landsdekkende *minimumskrav* til uteareal. Det er ingen logikk i at en bykommune ikke skal kunne sette større krav til uteareal på tomte enn en landkommune, der store friområdene ligger rett utenfor grinda. På samme måte har bykommuner med stort fortettingspress større behov for lokale innskjerper av maksimumskravene fra TEK vedrørende BUA.

Jeg mener fortsatt at både Plan- og bygningsloven og TEK i innledende paragrafer gir klart rom for dette. Jeg minner også om at Byggforsk har samme konklusjon.

PBE hevder også at bestemmelsen heller ikke er praktisert slik jeg hevder den kan forstås, og fylkesmannen henviser til etatens konsekvente praktisering av spørsmålet. Dette skjer til tross for at jeg har dokumentert helt ulik praksis ved flere anledninger, blant annet for [...]veien 33 og [...]veien 9. Jeg har vist til at PBE har kommet med to helt ulike begrunnelser for hvorfor de mener § 4 er i strid med TEK. Til tross for mange spørsmål har ikke PBE dokumentert noen av påstandene sine ved å vise til konkrete steder i TEK.

Del 2 av arealspørsmålet.

Jeg har ikke hevdet at det er innholdsmessig forskjell på begrepet «netto størrelse» og «netto tomt». Jeg er enig med PBE de skal bety de samme. Det viktige er at PBE mener at det ikke er tillatt å beregne BYA ut ifra «netto tomt/netto størrelse». Med dette som forutsetning finnes det likevel ingen hindring for å bruke «netto tomt/netto størrelse» når grensen mellom 24% BYA og 28% BYA settes. Den biten av § 4 fremstår fortsatt som uangripelig.

Jeg mener derfor fortsatt at fylkesmannen heller ikke på arealspørsmålet har gitt noen holdbar, utfyllende forklaring».

Fylkesmannen kom tilbake til saken i brev hit 16. mars 2004, og A i brev 15. april 2004, uten at det anses nødvendig å referere det nærmere innholdet her.

I min avsluttende uttalelse ga jeg uttrykk for følgende:

«Saken gjelder vedtakets forhold til Reguleringsplan for småhusområder i Oslo ytre by av 25. juni 1997, S-3591, med endringer av 13. juni 2001, S-3842, («Småhusplanen»). Innskjerpingen av planen med bakgrunn i nye retningslinjer vedtatt 15. mai 2003 kan vanskelig få betydning, idet kommunen fattet vedtak i saken allerede 18. juni 2002. Min vurdering er derfor basert på rettskildesituasjonen slik den var før disse innskjerpede retningslinjene trådte i kraft.

1. Reguleringsbestemmelsene § 3 har «krav til bebyggelsens plassering og utforming».

Punkt 3.3 første ledd første punktum lyder:

«Ny bebyggelse skal, når det gjelder volumer, materialbruk og farger, utformes på en slik måte at området samlet fremstår med et godt helhetlig preg».

Av punkt 3.1 første ledd første og annet punktum følger:

«Ny bebyggelse skal plasseres slik at det oppnås en god funksjonell og arkitektonisk helhetsvirkning i forhold til eksisterende omgivelser. Det skal tas hensyn til at konsekvensene blir akseptable for eksisterende boliger og uteoppholdsareal».

Og videre, i annet ledd:

«I områder med et enhetlig bebyggelsesmønster skal det legges særlig vekt på at ny bebyggelse viderefører områdets typiske kvaliteter».

De ovenfor siterte bestemmelsene setter materielle skranke for hva som kan tillates av ny bebyggelse innenfor planens virkeområde. Når det i punkt 3.3 bestemmes at ny bebyggelse skal utformes slik at området samlet fremstår med «et godt helhetlig preg», gis det imidlertid anvisning på et rettslig vurderingstema som er av utpreget skjønnsmessig art. Hvilken plassering som gjør at det oppnås «god funksjonell og arkitektonisk helhetsvirkning» i forhold til eksisterende omgivelser vil òg måtte bero på en svært så skjønnsmessig vurdering. Sistnevnte vurderingstema fordrer også en viss arkitektfaglig kunnskap. Hvilke plasseringsmessige konsekvenser som er «akseptable» for eksisterende boliger/uteoppholdsareal, jf. punkt 3.1 første ledd annet punktum, finnes det naturlig nok heller ikke noe «fasitsvar» på. Det som oppleves som akseptabelt for en, vil ikke nødvendigvis være det for en annen.

Det er vanskelig å fastlegge de siterte bestemmelsenes nærmere meningsinnhold. Deres egen ordlyd gir bare i beskjedent grad anvisning på hvordan skjønnnet skal utøves i den enkelte sak. Det fremgår imidlertid av retningslinjene til punkt 3.3 at bestemmelsen er en presisering av «skjønnhetsparagrafen» i plan- og bygningsloven § 74 nr. 2. Praksis knyttet til «skjønnhetsparagrafen» vil derfor være en relevant rettskildefaktor når bebyggelsens utforming skal vurderes både i seg selv og i forhold til omgivelsene.

Lover og regler som forutsetter utstrakt bruk av skjønn, vil ofte være vanskelige å anvende i praksis. Dette gjelder også reguleringsbestemmelsene til Småhusplanen. Det er vanskelig å foreta disse vurderingene slik at alle relevante hensyn blir tatt i betraktning og veid på en forsvarlig måte samtidig som de oppleves «rettferdige» av alle som måtte bli berørt i den enkelte sak.

En vurdering av en bygnings estetiske utforming, samt om den bidrar til at området samlet fremstår med et godt helhetlig preg, gjøres best dersom vurderingen baseres på en direkte iakttagelse av forholdene på stedet. Tiltaket kan da vurderes helt konkret, både isolert og i forhold til omgivelsene. Saksbehandlingen her er som kjent skriftlig, og det foretas normalt ikke befaring. Min mulighet til å overprøve vedtaket er derfor noe begrenset idet jeg ikke, slik som kommunen og fylkesmannen, har et umiddelbart inntrykk av forholdene iveien/.....veien. Videre beror vurderingen som nevnt i noen grad på et arkitektfaglig skjønn som jeg bare i begrenset utstrekning har mulighet til å overprøve. Min vurdering baserer seg etter dette på en gjennomgang av sakens dokumenter, herunder kart, tegninger og fotografier.

At bygget i seg selv ikke er estetisk godt nok til å tillates, at det ikke tilfredsstillende «rimelige skjønnhetshensyn», er ikke anført i klagen og vil heller ikke bli vurdert herfra.

Fylkesmannen la i vedtaket til grunn at «bygningen i sin formgivning, volum og plassering avviker fra den eksisterende bebyggelse og bryter med strøket karakter slik det fremstår i dag». Det er altså ikke omtvistet at bebyggelsen i området har en helhetlig karakter. Slik jeg forstår det, består strøket hovedsakelig av middels store trehus fra ca. 1930-tallet i såkalt «funkisstil». Husene iveien synes å ligge på en rett linje/akse med tilnærmet lik avstand mellom husene og med tilnærmet like store hager. Det samme gjelder husene iveien.

Både fylkesmannen og kommunen har argumentert med at reguleringsbestemmelsene ikke kan forstås dit hen at eksisterende bebyggelse må *kopieres*. Jeg deler dette standpunktet. Ofte vil avvikende ny bebyggelse kunne passe godt inn blant den eksisterende. Kontraster kan gi et fint samspill. Hvor vellykket en slik kontrast blir, vil imidlertid avhenge av en rekke faktorer, der graden av enhet i eksisterende bebyggelse er sentralt. Dersom reguleringsbestemmelsene og «skjønnhetsparagrafen» skal innebære noen realitet, må det klart nok gå en grense for hva slags avvikende bebyggelse som kan tillates. Der ny bebyggelse fremstår mer eller mindre som et «fremmedelement» i direkte konflikt med allerede oppført bebyggelse, må søknaden kunne avslås slik den foreligger.

Jeg har som nevnt et noe begrenset faktisk grunnlag til å kunne foreta en selvstendig og fullt ut forsvarlig vurdering av tiltakets forhold til Småhusplanen. Jeg har derfor valgt å avstå fra å trekke noen sikker konklusjon i saken. Bygningen er allerede oppført, slik at sterke tredjemannsinteresser gjør seg gjeldende. Jeg finner likevel å ville gi uttrykk for at det synes tvilsomt om tiltaket er i samsvar med Småhusplanen.

Synspunktet er for det første basert på *plasseringen* på tvers i en hage der det på begge sider ligger

rekker av hus i samme stil. Nybygget er det eneste mellom disse husrekkene, og det virker derfor noe tilfeldig plassert. Ut fra saksdokumentene er det vanskelig å si at det glir naturlig inn i den relativt stramme bebyggelsesstrukturen i kvartalet, og det er da etter min mening tvilsomt om den ikke kommer i konflikt med kravene til plassering i planens punkt 3.1. Jeg kan etter dette ikke se på hvilken måte tiltaket «viderefører områdets typiske kvaliteter».

Fylkesmannen har for øvrig (i brevet hit 30. januar 2004) opplyst at utbyggers arkitekt har utarbeidet en «prinsippskisse» for fremtidig utbygging/fortetting av flere eiendommer i det samme kvartalet. Siden det fra utbyggers side tydeligvis allerede på et tidlig tidspunkt har vært et ønske om samt planer for utbygging av flere av eiendommene i kvartalet, kan det vel spørres om det ikke hadde vært hensiktsmessig å vedta en egen regulerings-/ bebyggelsesplan der det bl.a. konkret blir tatt stilling til hvilken grad av fortetting som burde tillates, herunder den konkrete plasseringen av ny bebyggelse. Det virker på denne bakgrunn uheldig at man ikke kunne avventet utbyggingen av X til slik plan eventuelt forelå.

Når det gjelder nybyggets *utforming* synes det å være kontrast, muligens også konflikt, på flere måter. Boligen har fått rektangulær grunnflate, mens de eksisterende husene, slik jeg har forstått det, nesten uten unntak har tilnærmet kvadratisk grunnflate. Nybyggets flate tak skiller seg videre fra pyramidetaket på de eksisterende husene. Til dette kommer at fasadeformingen er svært ulik de eksisterende husene. Spesielt synes de store vindusflatene fremmede mot de tradisjonelle, små vinduene i de andre husene. Nybygget er også relativt høyt. Til sammen bidrar alle disse avvikene etter min mening til at det synes tvilsomt om huset er oppført i samsvar med Småhusplanen. Jeg har for øvrig merket meg uttalelsen fra Byggforsk 15. august 2002 der det konkluderes med at bygget kan være i strid med Småhusplanens §§ 3.1 og 3.3.

Når det gjelder plan- og bygningsloven § 70 nr. 2, har som kjent Kommunal- og regionaldepartementet i Rundskriv H-18/90 uttalt at bestemmelsen skal praktiseres slik at tiltakshavers ønsker skal imøtekommes dersom ikke avgjørende grunner taler imot det. Med avgjørende grunner siktes til plassering og høyde som påfører naboer «betydelig ulempe». I denne saken kan det vel uten videre legges til grunn at nybygget påfører naboen(e) ulemper i form av tap av luft og lys og redusert trivsel på uteplass på grunn av innsynet. Jeg finner det likevel ikke nødvendig å vurdere om disse ulempene er av så kvalifisert art at de må karakteriseres som «betydelige». Ulempene bidrar under enhver omstendighet til å forsterke inntrykket av at bygget muligens ikke burde vært tillatt slik det er utformet. Det må, slik jeg ser det, ha vært mulig å kreve en viss reduksjon av vindusflatene uten at det stillemessige hoveduttrykket måtte gå tapt.

2. Tillatt bebygd areal (BYA)

Tillatt bebygd areal angir den delen av tomtearealet som bebyggelsen maksimalt kan dekke.

Det er ikke omtvistet at beregnet (faktisk) bebygd areal er 276, 5 m².

A mener imidlertid at avkjørselen skal trekkes fra i forbindelse med fastleggelsen av om det er Småhusplanens § 4 litra a eller b som skal komme til anvendelse (om tomtens «netto størrelse» er over eller under 1000 m²), noe fylkesmannen er uenig i.

Det følger av Teknisk forskrift (TEK) § 3–10 at «tomt er det areal som i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan eller bebyggelsesplan er avsatt til byggeområde». Avkjørselen er etter det jeg forstår ikke regulert til «felles avkjørsel», jf. pbl. § 25 første ledd nr. 7. Den skal derfor etter forskriften ikke trekkes fra. Av retningslinjene til Småhusplanens § 4 følger det imidlertid at «netto tomt er oppmålt tomt med unntak av areal som inngår i regulert eller opparbeidet felles avkjørsel». Retningslinjene kan etter sin ordlyd således tas til inntekt for at avkjørselen kan trekkes fra selv om den ikke er regulert.

Jeg kan ikke se at det, slik saken er opplyst her, er grunn til avgjørende innvendinger mot fylkesmannens konklusjon om at det har formodningen mot seg at kommunen skulle ha ment at de to begrepene «tomter med netto størrelse» og «netto tomt» i planens § 4 har et forskjellig innhold. Dersom kommunen hadde ment at avkjørselen skal trekkes fra ved beregningen av tomtas netto størrelse innledningsvis i § 4 litra a og b, men ikke ved «netto tomt» i forbindelse med det arealet prosent bebygd areal skal regnes av, måtte dette ha kommet klarere til uttrykk.»

Andre saker etter plan- og bygningsloven, renovasjon og forurensning

74.

Pålegg om retting på grunn av vannsig – kostnadsansvaret

(Sak 2004–1176)

En bedrift hadde i ca. 30 år hatt et system for oppsamling av overflatevann, som ble ledet ut i terrenget på eiendommen nedenfor. Det var uenighet mellom partene om utslippet førte ut i en naturlig bekk, eller om bedriftens utslipp utgjorde vannsiget. Naboeiendommen ble på nittitallet regulert til boligformål, og i forbindelse med utbyggingen ble bekken fylt igjen med masser. Vannsiget førte til skade på opparbeidede veganlegg. Moss kommune påla bedriften å treffe nødvendige tiltak for å rette på forholdet, jf. plan og bygningsloven (pbl) §§ 101 og § 106 nr. 2, og vedtaket ble stadfestet av Fylkesmannen i Østfold.

Ombudsmannen uttalte at pbl § 101 ikke kunne forståes slik at den ga en generell hjemmel for kommunen til å gi pålegg om retting uten hensyn til bakgrunnen for at det aktuelle problemet var oppstått og med ansvar for alle omkostninger. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt. Ombudsmannen uttalte også at pbl § 106 nr. 2 ikke var anvendelig.

Pbl § 101 ble endret ved lov nr. 20/1995. Saken viste at lovbestemmelsen, slik den nå fremstår, må karakteriseres som mangelfull, jf. ombudsmannsloven § 11. Kommunal- og regionaldepartementet ble derfor bedt om å gjennomgå pbl § 101 med sikte på å vurdere om den bør presiseres eller endres.

De faktiske forhold er kort oppsummert at bedriften A har et system for oppsamling av overflatevann som ledes via en kulvert og så fritt ut i terrenget. Vannet ender opp i sjøen nedenfor. Det er uenighet mellom de involverte om utslippet fører ut i en naturlig bekk, eller om det er bedriftens utslipp som utgjør vannsiget. Måten å håndtere utslippet på har vært den samme de siste om lag tretti år. Naboeiendommen, der vannsiget/bekken renner over, ble på slutten av nittitallet regulert til boligformål, og i forbindelse med utbyggingen ble bekken/vannsiget fylt igjen med masser. Vannsiget fører til skade på opparbeidede veganlegg. Moss kommune påla A å treffe nødvendige tiltak for å rette på forholdet. Kommunen viste til plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl) § 106 nr. 2 om bygningstekniske installasjoner, jf. § 101 om tiltak på nabogrunn og § 92 som inneholder «andre bestemmelser» under pbl. kapittel XV om bestående byggverk.

Etter klage stadfestet Fylkesmannen i Østfold kommunens vedtak. Fylkesmannen la til grunn at både pbl § 106 nr. 2 og § 101 var anvendelige i saken og hver for seg ga kommunen tilstrekkelig hjemmel for å kunne fatte vedtak om pålegg om retting. Fylkesmannen fant likevel ikke grunn til å ta stilling til anførselen fra A om at pålegget var gitt i strid med forutsetningen for pbl § 106 nr. 2 og derfor ugyldig, fordi lovens § 101 etter fylkesmannens syn alene ga tilstrekkelig hjemmel.

A brakte saken inn for ombudsmannen og anførte at saken ikke var tilstrekkelig opplyst, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd, idet forholdet til vannressursloven 24. november 2000 nr. 82 ikke var vurdert. Videre ble det anført at vedtaket var sterkt urimelig, og vist til at det må legges vekt på utbyggers eget forhold ved vurderingen av om det skal pålegges retting etter pbl § 101.

Saken ble herfra tatt opp med Fylkesmannen i Østfold, som ble bedt om å kommentere klagers fremstilling av faktum, idet det fremgikk av sakens dokumenter at det var noe uenighet om dette. Det ble vist til at ett av klagerens hovedsynspunkter synes å være at utbygger gjennom sin utnyttelse av eiendommen har skapt de aktuelle problemene knyttet til

vannsig, og at fylkesmannen synes å legge til grunn at dette forhold er uten betydning for anvendelsen av pbl § 101. Fylkesmannen ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn, og om det ble vurdert om utgiftene til pålegget helt eller delvis skulle bæres av utbygger, jf. pbl § 106 nr. 2 annet punktum. Videre ble fylkesmannen bedt om å kommentere klagerens anførsler vedrørende vannressursloven.

I svaret fra fylkesmannen ble det vist til innhentede uttalelse fra Moss kommune om de faktiske forhold. Fylkesmannen mente at uten positive holdpunkter for det motsatte vil det ved behandlingen av saken måtte legges til grunn at utbygger ikke kjente til hvordan overflatevannet ble ledet bort fra klagers eiendom. Om anvendelsen av pbl § 101 nr. 1 redegjorde fylkesmannen for at utgangspunktet etter ordlyden er at det er eier av eiendommen ulempene kommer fra som må ta ansvaret for og kostnadene ved å forebygge ytterligere ulemper m.v., og at verken bestemmelsen selv, forarbeidene til den, teori eller rettspraksis gir holdpunkter for at utgangspunktet kan fravikes. Fylkesmannen ville likevel ikke utelukke at reelle hensyn i helt spesielle tilfelle vil kunne føre til at utgangspunktet kan fravikes, men kunne ikke se at slike hensyn foreligger i denne saken. Videre ga fylkesmannen uttrykk for at utgangspunktet i pbl § 101 nr. 1 må kunne fravikes ved avtale mellom partene, men kunne ikke se at det foreligger slik avtale i dette tilfellet. Om vannressursloven opplyste fylkesmannen at denne ikke var vurdert, da det ved behandlingen av saken ikke var holdpunkter for at det hadde vært noen bekk av betydning på stedet før bedriften anla sitt bortledningsanlegg. Det ble vist til at det fremgår av vannressursloven § 2 annet ledd bokstav a at loven ikke gjelder for kunstige vannløp med vannføring i ledninger og tunneler. Videre viste fylkesmannen til at forholdet til vannressursloven ikke var anført i klagen fra bedriften, og at fylkesmannen er klageinstans for kommunens vedtak etter plan- og bygningsloven og under klagebehandlingen bare skal ta stilling til de anførsler som gjøres gjeldende i klagen i den grad det er nødvendig.

A kom med merknader til fylkesmannens redegjørelse, og pekte på forhold som etter hans oppfatning viser at overflatevannet blir ledet ut i et naturlig bekkedar. A gjorde også rede for faktiske omstendigheter som måtte vise at utbygger og kommunen var kjent med bekken/utslippet, eller i alle fall burde ha vært kjent med det. Slik forholdene er, mente A at det ikke er relevant at opphavet til bekken delvis er overflatevann fra bedriften. A mente at utbygger har tatt «en sjanse» på at bekken kunne overfylles med sprengsteinmasser uten at det ville medføre problemer, og at bakgrunnen må ha vært bedre utnytting av tomten. A mente at disse forholdene ikke kan føre til at bedriften blir pålagt å rette opp forholdene. Til vannressursloven bemerket A at bekken over utbyggers eiendom må være å anse som vassdrag ettersom

den gikk delvis i åpent lende der hvor den nå er gjenfylt.

Fylkesmannen meddelte senere at han ikke hadde ytterligere merknader og viste til innhentet uttalelse fra Moss kommune om de faktiske forhold. Kommunen skrev blant annet at den ikke er kjent med om det har vært noen bekk tidligere eller om den er en konsekvens av bedriftens utslipp, men at kommunen uansett ikke har vært kjent med at det har vært noen bekk der, jf. tilgjengelig kartverk. Videre skrev kommunen at ved behandlingen av reguleringsplan og VVA-teknisk plan har det stedvis angitte bekkesymbol på siste kartutgave, tilgjengelig fra 1998, vært ansett som et ubetydelig lokalt løp i et begrenset nedslagsfelt, og som ville opptas av normalt overvannsnett i veganleggene i det nye boligfeltet. I ettertid har kommunen forstått at det i stedet kan forklares som spor av bedriftens utslipp. Videre viste kommunen til at de som sto bak reguleringsforslaget m.v. åpenbart heller ikke kan ha vært kjent med slike vannmengder som «bedriftens konsentrerte utslipp» kan gi. Kommunen viste også til at det likeledes er åpenbart at heller ikke de som må ha kjent til utslippet, representanter for bedriften og evt. for grunneier, kan ha sett betydningen av utslippet, jf. manglende påvisning av problemet i uttalelser til reguleringsplanens utforming.

A kommenterte kommunens merknader og viste til at bekken må ha vært kjent for utbygger og at dersom den ikke var det, skyldes det at ansvarlig søker/prosjekterende ikke har tatt tilstrekkelige forholdsregler ved nødvendige undersøkelser av terreng- og grunnforhold. Det ble fremholdt at dette måtte være utbyggers risiko. A redegjorde også for bakgrunnen for at bedriften ikke på et tidligere tidspunkt hadde pekt ut bekken for tiltakshaver.

As brev ble oversendt fylkesmannen, som svarte og vedla brev fra Moss kommune, der kommunen ga uttrykk for at bedriften i forbindelse med reguleringsprosessen m.v. burde ha gjort kjent opplysninger om utslippet. A har ikke hatt ytterligere kommentarer.

I forbindelse med at saken ble tatt opp til avsluttende behandling her ble det funnet grunn til å stille enkelte spørsmål om pbl § 101 nr. 1 til Kommunal- og regionaldepartementet (KRD). Bakgrunnen var den endringen av pbl § 101 nr. 1 som skjedde ved lov 5. mai 1995 nr. 20 og sammenhengen i regelverket slik det nå fremstår. I brev herfra ble det bedt om KRDs syn på hvorledes ordningen med kostnader/erstatning i forbindelse med tiltak utført på en eiendom hvorfra ulempe kom, måtte forstås før lovendringen i 1995. Det ble vist til at før endringen ga § 101 nr. 1 hjemmel for at nødvendige tiltak kunne utføres på eiendommen ulempene kom fra. Eieren av eiendommen kunne imidlertid ikke pålegges å gjennomføre tiltakene, men måtte finne seg i at de ble foretatt. Denne eieren hadde ikke ansvar for dekning av nødvendige kostnader. I § 101 nr. 3 siste ledd var

det bestemt at erstatning for skade og ulempe skulle fastsettes ved skjønn. Dersom imidlertid tiltakene var gjort nødvendige fordi naboen hadde forsømt sin plikt til å lede bort vannet, kunne denne ved skjønn pålegges å erstatte eierens kostnader, skade og ulempe. Det ble vist til at lest i sammenheng synes siste setning i siste ledd i nr. 3 å måtte forstås slik at det er naboen hvorfra ulempene kommer som etter omstendighetene vil kunne pålegges å erstatte kostnader, skade og ulempe, men da på grunn av forsømmelse fra dennes side.

Det ble videre vist til at ordlyden i pbl § 101 nr. 3 siste ledd om erstatning ved skjønn ikke ble endret ved lov nr. 20/1995, og at sammenhengen, i og med endringen i nr. 1, derfor fremstår som uklar. Det ble herfra vist til at det kan synes som om rettsregelen gir et klart grunnlag for å gå pålegg, men at den ikke på samme måte regulerer eller gir anvisning på den endelige kostnadsdekningen som følge av pålegget. Departementet ble bedt om å redegjøre for sitt syn på om siste ledd i nr. 3 også må forstås slik at eieren av eiendommen som drar nytte av tiltakene, eller som selv kan ha forårsaket nødvendigheten av tiltaket og pålegget på nabogrunn, etter omstendighetene kan pålegges å erstatte eieren av eiendommen der ulempene kommer fra kostnader, skade og ulempe som følge av at det må gjøres tiltak. I denne forbindelse ble det vist til at de legislative hensyn som synes å ligge til grunn for bestemmelsen i pbl § 106 nr. 2 om kostnadsfordeling for byggetekniske installasjoner der det er «eier av annen eiendom som er årsaken til at pålegget blir gitt», kan gjøre seg tilsvarende gjeldende for pålegg etter pbl § 101.

KRD ble videre bedt om å kommentere om de naturforhold pbl § 101 nr. 1 viser til er begrenset til slike som det er vanskelig eller umulig ellers å verge seg mot, og om pbl er ment å skulle kunne benyttes til å løse en interessemotsetning/konflikt mellom to private parter. Departementet ble dessuten bedt om å redegjøre for om det må forstås slik at det er begrensninger i omfanget av de tiltak, også kostnadsmessig, som kan pålegges, for eksempel ut fra et forvaltningsrettslig forholdsmessighetsprinsipp.

Det ble også bedt om departementets merknader til at Moss kommune og Fylkesmannen i Østfold hadde lagt til grunn at også pbl § 106 nr. 2 gir hjemmel til det pålagte tiltaket, og om ikke bestemmelsen må forstås slik at det er selve den tekniske utførelsen av anlegget det siktes til.

Kommunal- og regionaldepartementet svarte om forståelsen av gjeldende ordlyd i pbl § 101 nr. 3, at den lest i sammenheng, kan synes uklar blant annet ved at begrepet «kostnader» synes å vise tilbake til utgiftene til den som mottar pålegg. Videre at det var slik § 101 nr. 3 ble tolket før lovendringen i 1995. Departementet viste til at spørsmålet blir om pbl § 101 nr. 3 siste ledd må forstås slik at eieren (eiendommen som blir berørt av ulempen) kan pålegges å betale erstatning til naboen (eiendommen ulempene

kommer fra). Videre om siste ledd i nr. 3 må forstås slik at naboen etter omstendighetene vil kunne pålegges å erstatte kostnader, skade og ulempe på grunn av forsømmelse.

Etter departementets oppfatning løser lovens ordlyd ikke uttrykkelig spørsmålet om eier kan pålegges å betale erstatning til naboen, jf. ordlyden i § 101 nr. 3 tredje ledd første setning. Videre viste departementet til at det av forarbeidene til bygningsloven av 1965 fremgår at ingen uten særskilt hjemmel kan gjøre inngrep i naboeiendom og – under henvisning til tredje ledd første punktum – at nabo etter skjønn kan ha krav på erstatning for skade eller ulempe nødvendige sikringstiltak medfører, jf. Ot.prp. nr. 1 (1964–65) som viser til merknadene til komitéutkastets § 98 på side 181–82 i innstillingen. Departementet skrev videre at dette også støttes av at bestemmelsen gir hjemmel for inngrep i annens eiendom, jf. definisjonen på ekspropriasjon i pbl § 34 og rundskriv H-14/82 «Ekspropriasjon på plan- og bygningsrettens område» side 6. Departementet mente at det ikke er holdepunkter i forarbeidene til lov 5. mai 1995 nr. 20 for at innholdet i nr. 3 tredje ledd er endret, jf. Ot.prp. nr. 39 (1993–94) side 193, og at det at ansvaret for og kostnadene ved pålegg etter § 101 nr. 1 ble flyttet fra eier til nabo ikke kan være et avgjørende moment for en annen tolkning. Etter departementets syn må § 101 nr. 3 tredje ledd første punktum fortsatt forstås slik at nabo kan ha krav på erstatning etter skjønn.

Om ordlyden i pbl § 101 nr. 3 tredje ledd andre setning skrev departementet at den tilsier at naboen ved forsømmelse av sin plikt til å avlede vannet, må betale erstatning til eiendommen som utsettes for ulempe, og at lest i sammenheng kan forståelsen av nr. 3 tredje ledd andre punktum synes uklar ved at naboen, i tillegg til å ta ansvaret for kostnadene ved å forebygge ulempen, etter skjønn også kan pålegges å erstatte eieren av eiendommen kostnader, skade og ulempe. Blant annet synes begrepet «kostnader» i nr. 3 tredje ledd andre setning å vise tilbake til erstatning for kostnader til den som mottar pålegg etter § 101 nr. 1 (slik bestemmelsen ble forstått før lovendringen). Det ble vist til at forarbeidene til bygningsloven av 1965 støtter ordlyden, jf. Ot. prp. nr. 1 (1964–65) og merknadene til komitéutkastets § 98 på side 181–82. Departementet viste til at det i forarbeidene til lov 5. mai 1995 nr. 20 heller ikke er holdepunkter for at innholdet i nr. 3 tredje ledd andre setning er endret, og at det ikke kan være av betydning for løsningen at nr. 3 tredje ledd kan synes å vise tilbake til erstatning til den som har ansvaret for kostnadene etter nr. 1. Departementet mente at som før lovendringen må også gjelde at dersom naboen forsømmer sin plikt til å lede bort vannet, kan denne ved skjønn pålegges å erstatte eier kostnader, skade og ulempe, jf. § 101 nr. 3 tredje ledd andre setning. Departementet ga imidlertid uttrykk for at sammenhengen i bestemmelsen burde vært klarere.

Departementet redegjorde også for forholdet til pbl § 92, og la til grunn at pbl § 101 nr. 1 kun kommer til anvendelse i forbindelse med byggetiltak på eiendommen som utsettes for ulempe ved fare for skade og at bestemmelsen således ikke gjelder i forhold til bestående byggverk. Det ble vist til tidligere departementspraksis, jf. 1410/87. Departementet antok at hvis bestående byggverk kan bli eller blir utsatt for skade ved vannsig fra nabogrunn, så må liknende tiltak som følger av § 101 nr. 1 kunne foretas av eier av grunn som utsettes for ulempe etter avtale med eier av nabogrunn eller gjennom ekspropriasjon. For en nærmere vurdering av ekspropriasjon viste departementet til oreigningsloven 23. oktober 1959 nr. 3 § 2 nr. 47 og forurensningsloven 13. mars 1981 nr. 5 kap. 4. Om overvann som påfører ulempe på annen eiendom i tettsteder viste departementet til at det berører flere lover, jf. plan- og bygningsloven, forurensningsloven, vannressursloven og granneloven.

Videre ga departementet uttrykk for at det ikke kan være meningen at bestemmelsen i pbl § 101 nr. 1 skal ramme ethvert vannsig fra nabo, og at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at vannsiget kommer fra nabo. Etter departementets syn får bestemmelsen ikke anvendelse der avledning av overvann er tilfredsstillende etablert av nabo, og årsaken til problemet ligger på eiers grunn. Videre at pålegg etter § 101 nr. 1 må forutsette at det konkrete tilfellet gjelder en fare for skade ved vannsig som etter kommunens vurdering må løses ved tiltak på naboeiendommen. Der eier selv har skyld i faren for skadevirkninger eller faren på annen måte er oppstått ved eiers manglende hensyntagen av overvann fra nabo, kan eier ikke uten videre overføre ansvar og kostnader ved avledning av overvann til nabo med hjemmel i pbl § 101 nr. 1.

Departementet svarte at det ikke er gitt egne regler om begrensninger av byrden og utgiftene som kan pålegges med hjemmel i pbl § 101 nr.1, men at det i forarbeidene til bygningsloven av 1965, jf. komitéutkastets § 98 på side 181–82, synes å være lagt til grunn at bestemmelsen omfatter relativt små tiltak. Departementet antok at alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, blant annet om urimelige avgjørelser, får anvendelse der utgiftene og byrden er uforholdsmessige sammenlignet med de fordeler som oppnås.

Om pbl § 106 nr. 2 uttalte departementet at den omfatter eksisterende bygningstekniske installasjoner som er unødig til plage for omgivelsene og gir kommunen hjemmel til å pålegge nødvendige tiltak. Departementet mente at en naturlig forståelse av ordlyden i § 106 nr. 1 og 2 taler for at bortledning av overvann eller dreinsvann ikke kan sies å være «bygningstekniske installasjoner» som kan være «unødig til plage for omgivelsene». Departementet viste til at formålet med bestemmelsen er å unngå unødig «plage ved røyk, gass, støv, lukt eller larm», jf. Ot.prp.

nr. 1 (1964–65) og merknadene til komitéutkastets side 184, og at å forstå bestemmelsen slik at fare for skade ved overvann rammes, ikke synes å være i overensstemmelse med regelens formål. Videre at bestemmelsen uansett ikke vil få anvendelse dersom en ulempe er forårsaket av eiendommen som hevder å bli utsatt for plage.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Jeg er kommet til at pbl § 101 nr. 1 neppe kan forstås slik det er lagt til grunn i vedtak fra Moss kommune og Fylkesmannen i Østfold, hvilket betyr at det også må reises spørsmål om hjemmelsgrunnlaget for pålegget. Fylkesmannen bes derfor om å behandle saken på nytt.

2. Pålegg om rettetiltak ble gitt etter plan- og bygningsloven § 101 som er i pbl Kapittel XVII «Ymse bestemmelser» og som lyder:

«§ 101. Tiltak på nabogrunn

1. Dersom byggverk kan bli utsatt for skade ved vannsig, ras eller utglidning fra nabogrunn, kan kommunen pålegge eier av nabogrunnen å foreta nødvendige forebyggende tiltak på sin grunn.

2. Kommunen kan tillate at nabogrunn i nødvendig utstrekning blir brukt for utføring av bygge- og vedlikeholdsarbeid – herunder til atkomst –, når enten arbeidet ikke lar seg utføre på annen måte, eller dette etter kommunens skjønn vil medføre vesentlige økte kostnader.

3. Før pålegg etter nr. 1 eller tillatelse etter nr. 2 blir gitt, skal naboen gis høve til å uttale seg. Kommunen kan sette vilkår for tillatelsen, herunder at det på forhånd blir stilt slik sikkerhet som kommunen bestemmer. Erstatning for skade og ulempe fastsettes ved skjønn. Er de tiltak som nevnt i nr. 1 gjort nødvendig ved at naboen har forsømt sin plikt til å lede bort vannet, kan denne ved skjønn pålegges å erstatte eieren kostnader, skade og ulempe».

3. Et spørsmål som har blitt reist i saken er om pbl § 101 kommer til anvendelse i forhold til bestående byggverk. KRD har lagt til grunn at bestemmelsen bare kommer til anvendelse i forbindelse med byggetiltak på eiendommen som utsettes for ulempe ved fare for skade (jf. pbl § 92 første ledd), se nærmere om dette ovenfor. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å forstå loven slik at den begrenser anvendelsesområdet for §101 på en slik måte.

Den tidligere bygningsloven 18. juni 1965 nr. 7 hadde i kapittel XII (Bestående byggverk) § 92 første ledd, en tilsvarende bestemmelse som nåværende pbl § 92 første ledd. Bestemmelsen er omtalt i lovens forarbeider, se side 167–68 i «Utkast til lov om bygningsvesenet. Innstilling fra komiteén til revisjon av bygningsloven» om utkastets § 89 (lovens § 92). Bygningslovens anvendelse på eldre byggverk ble drøftet, for det første om den helt eller delvis skulle gjelde for byggverk som ikke var avsluttet

når loven trådte i kraft og dernest hvilke bestemmelser som kom til anvendelse på ferdige byggverk, uansett om de var oppført før eller etter lovens ikrafttredelse. Komitéen uttalte at en del av bestemmelsene i bygningsloven ville gjelde uansett om grunnen tidligere var bebyggt eller ikke. Til utkastets § 98 om tiltak på nabogrunn skrev komitéen at «(p)aragrafene 97–99 om sikringstiltak og utstyr, om tiltak på nabogrunn og om undersøkelse på fast eiendom gjelder etter sitt innhold generelt, uansett om tiltaket har tilknytning til noen bygning eller når denne i tilfelle er oppført,...». I Ot.prp. nr. 1 (1964–65) er det på side 120 i kommentarene til lovutkastets § 92 uttalt at oppregningen ikke er ment å være uttømmende. Bestemmelsen i § 92 i bygningsloven av 1965 er videreført i § 92 i plan- og bygningsloven av 1985, uten at bestemmelsen er omtalt i forarbeidene til den nye loven. Det må derfor legges til grunn at det som er uttalt i forarbeidene til den tidligere bygningsloven fortsatt gjelder på dette punkt. Etter min oppfatning er det i tillegg best i samsvar med ordlyden i § 101 at den gjelder generelt, og ikke bare i tilknytning til iverksetting av nye tiltak.

Da pbl § 101 nr. 1 ble endret ved lov nr. 20/1995 fikk kommunen hjemmel til å pålegge en eier å foreta nødvendige forebyggende tiltak på sin grunn, dersom byggverk på nabogrunn kan bli utsatt for skade ved vannsig, ras eller utglidning. Det første spørsmålet som reiser seg er da om bestemmelsen overheadet omfatter den typen vannsig/situasjon som det er tale om i nærværende sak.

Det ble herfra stilt spørsmål til KR D om de naturforhold bestemmelsen viser til er begrenset til slike som det er vanskelig eller umulig å verge seg mot. Til dette har departementet svart at det ikke kan ha vært meningen at pbl § 101 nr. 1 skal ramme ethvert vannsig fra nabo, se ovenfor. Slik jeg ser det, er ordlyden i § 101 nr. 1 helt generell og omfatter således i utgangspunktet også den typen vannsig/situasjon det er tale om i denne saken. En annen sak er at ikke enhver bagatellmessig vannansamling eller bortledning av den vil være omfattet av bestemmelsen. Det kan imidlertid neppe være avgjørende for å vurdere om hjemmel for å pålegge tiltak foreligger, om den som rammes eventuelt er mest å legge til last for den situasjonen som har oppstått. Dersom faren for skade ikke lar seg avverge i forhold til etablert byggverk uten at det foretas retting, eller at omkostningene ved å avverge skade uten retting vil være uforholdsmessige sammenlignet med kostnadene som måtte påløpe ved retting, mener jeg at pbl § 101 nr. 1 som utgangspunkt gir kommunen hjemmel til å gi pålegg om retting. Selv om det her er tale om inngrep som ut fra legalitetsprinsippet forutsetter forholdsvis klar hjemmel i lovens ordlyd, synes lovteksten på tross av å være nokså generell å være tilstrekkelig tydelig på dette punkt. Kravene til klar ordlyd i loven må sammen med påleggets inngripende karakter likevel sees i sammenheng med at ad-

gangen til å gi pålegg om tiltak ikke nødvendigvis medfører en endelig plassering også av kostnadsansvaret for å gjennomføre tiltaket, jf. nedenfor punkt 4. Det kan heller ikke utelukkes at dette kan stille seg annerledes i enkelte helt spesielle tilfeller, uten at jeg finner det nødvendig å gå nærmere inn på dette. Om det ut fra den forståelsen av pbl § 101 nr. 1 som jeg her har gitt uttrykk for er grunnlag for å gi pålegg om retting må fylkesmannen ta stilling til ved sin fornyede behandling av saken.

4. Selv om kommunen har hjemmel til å gi pålegg etter pbl. § 101 nr. 1, blir det likevel spørsmål om hvem som er ansvarlig for kostnadene som påløper som følge av rettingen.

I Ot.prp. nr. 1 (1993–94) er det sagt noe om dette på side 193. I pkt. 13.12 tredje avsnitt står det at «(t)iltakene kan variere fra enkel bortledning av vann til bygging av forstøtningsmur m.v. Departementet mener det bør være den som eier eiendommen ulempene kommer fra som må ta ansvaret for og kostnadene ved å forebygge ytterligere ulemper m.v.».

Det er mulig at det som her sies må forstås slik at det det er tenkt på er mindre tiltak og derved kostnader som måtte påløpe. At de tiltak det var tale om å kunne tillate på nabogrunn da bestemmelsen kom inn i bygningsloven av 1965 var begrensede, fremgår på side 181 i «Utkast til lov om bygningsvesenet. Innstilling fra komitéen til revisjon av bygningsloven» i merknadene til utkastets § 98. I nest siste avsnitt står det at «(k)omitéen har overveiet hvorvidt også avgjørelsen om tillatelse til tiltak på nabogrunn skal gis, bør legges til skjønn, i likhet med hva naboloven gjør. Man er imidlertid blitt stående ved at det neppe er grunn til å sette et så vidt stort apparat i sving – med derav følgende tidstap – *for de relativt ubetydelige inngrep* det her gjelder. Det vesentlige må være at det blir gitt adgang til å kreve erstatning etter skjønn hvis partene ikke blir enige», (min understrekning).

Det er vanskelig å se det slik at pbl § 101 nr. 1 gir hjemmel for kommunen til å pålegge eier av en eiendom som får pålegg om retting også uten videre å utrede alle kostnader uansett størrelse. Endringen av § 101 nr. 1 ved lov nr. 20/1995 var betydelig, i forhold til det som hadde vært rettstilstanden tidligere. Før ga bestemmelsen hjemmel for at en nabo kunne måtte finne seg i at det ble gjort inngrep på hans eiendom. Naboen hadde ikke ansvar for kostnader knyttet til inngrepet, med mindre han hadde forsømt sin plikt til å lede bort vannet. Han kunne også etter omstendighetene ha krav på erstatning for skade og ulempe. Etter endringen gir § 101 nr. 1 etter ordlyden kommunen rett til å pålegge naboen å foreta rettingen/tiltaket selv. Resten av bestemmelsen ble imidlertid ikke endret, ut over at det i nr. 3 første ledd ble tatt inn en henvisning til nr. 1. Det er i denne sammenheng grunn til å særlig se hen til nr. 3

tredje ledd om erstatning og skjønn. At denne bestemmelsen ble stående uendret gjør at hele § 101 fremstår som usammenhengende og uklar. Om og i tilfelle i hvilken grad spørsmålet om ansvar for kostnader (herunder omfang) ble gjenstand for nærmere vurdering/utredning under arbeidet med lovendringen fremstår således også som uklart. Som et eksempel på dette kan også nevnes at § 101 nr. 3 tredje ledd siste setning viser til en plikt til å lede bort «vannet», men at plikt til å forebygge eventuelt ras eller utglidning ikke er nevnt. At en nabo ikke kan pålegges å dekke kostnader uten videre stemmer for øvrig best med sammenhengen i forhold til annet regelverk om fast eiendom. Det kan for eksempel vises til graneloven 16. juni 1961 nr. 15, som har regler om forholdet mellom naboeiendommer.

Spørsmålet om dekning av kostnader ut over det som måtte påløpe ved mindre tiltak antar jeg da må løses slik loven var å forstå før endringen ved lov nr. 20/1995. Naboen kan måtte finne seg i å selv gjennomføre pålegg om retting, men den som har forårsaket at tiltaket blir nødvendig eller drar nytte av det må dekke omkostningene, med mindre naboen har forsømt sin plikt til å lede bort vannet. Det kan også bli tale om erstatning for skade og ulempe. Denne løsningen støttes også av at et pålegg om retting/tiltak etter omstendighetene må kunne sees som et ekspropriasjonslignende tiltak, som kan være tilfelle for eksempel dersom det er tale om retting i forhold til et lovlig anlegg. Det kan her vises til merknadene til § 98 i «Utkast til lov om bygningsvesenet. Innstilling fra komitéen til revisjon av bygningsloven» side 181 der det heter at «(u)tkastets regler gir i virkeligheten hjemmel for en form for ekspropriasjon, jfr. definisjonsbestemmelsen i § 33, ...». I denne saken synes det for øvrig også å være uenighet mellom partene om A har rett til å lede sitt overvann ut i «bekken» som går over den tilstøtende eiendommen. Dette er et spørsmål av privatrettslig art som jeg ikke kan ta stilling til.

5. Når det gjelder pbl § 106 nr. 2 knyttet til bygningstekniske installasjoner, er jeg enig med KRD i at denne ikke er anvendelig i forhold til tiltakene i denne saken. Jeg mener likevel at regelen i § 106 nr. 2 annet punktum om kostnadsfordelingen ved skjønn, der årsaken til pålegg på naboeiendom er forhold på annen eiendom, kan gi en rimeligere løsning av kostnadsfordelingen ved pålegg enn det bestemmelsen i pbl. § 101 synes å gjøre.

6. Saken her kan foranledige spørsmål om offentlige myndigheter i praksis indirekte vil få oppgaver ved myndighetsutøvelse å løse det som reelt sett er privatrettslige tvister ut fra kontrakt, naborettslige regler om retting og ansvar for tiltaks virkninger på nabogrunn eller en ansvars plassering eller -fordeling ut fra alminnelige erstatningsregler knyttet til uaktsom opptreden. I alle fall vil en standpunkttagen til inn-

grep og kostnadsansvarsdekning ut fra plan- og bygningsloven neppe kunne ha avgjørende betydning for en eventuell senere privatrettslig tvist. Spørsmål om vannressursloven har vært tatt opp i saken, men jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

7. I ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11 er det bestemt at «(b)lir Ombudsmannen oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis, kan han gi vedkommende departement underretning om det». Denne saken har vist at pbl. § 101, slik den fremstår etter endringen ved lov nr. 20/1995, må karakteriseres som mangelfull, og bør gjennomgås med sikte på å vurdere om den bør presiseres eller endres. Jeg har informert Kommunal- og regionaldepartementet om dette i eget brev i dag.»

Fylkesmannen i Østfold har senere oversendt kopi av brev til Moss kommune, der det fremgår at fylkesmannen har omgjort sitt vedtak på grunn av feil rettsanvendelse, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Fylkesmannen opphevet Moss kommunes vedtak og ba kommunen om å behandle saken på nytt.

75.

Krav om tilknytning til offentlig vassledning

(Sak 2004–1263)

Hyllestad kommune påla eit ektepar å knyta seg til offentlig vassledning, jf. plan- og bygningslova § 65 andre ledd. A viste til at dei hadde tilfredsstillande vassforsyning, at dei ikkje hadde rett til å leggja leidning over naboeigedomen og at kostnadane ved tilknyttinga var store, og bad ombodsmannen om å undersøka saka.

Ombodsmannen la til grunn at manglande rett til å leggja vassledning over naboeigedomen, ikkje hindra kommunen i å påleggja tilknytning. Fylkesmannen hadde ikkje teke med utgiftene til å skaffa denne retten i reknestykket som var grunnlaget for vurderinga om tilknytingskostnaden var «uforholdsmessig stor» og ombodsmannen meinte difor at saka ikkje var tilfredsstillande opplyst, jf. forvaltningslova § 17 fyrste ledd. Ombodsmannen kritiserte også at vesentlege opplysningar ikkje var lagt fram for A til uttale, jf. forvaltningslova § 17 tredje ledd.

Ekteparet A klaga på at dei var pålagt å knyta seg til den offentlege vassledningen frå Hyllestad kommunale vassverk. Dei viste særleg til at dei hadde tilfredsstillande vassforsyning og dei store kostnadane tilknyttinga medførte.

Det vart funne grunn til å undersøka saka nærare. Klagarane hadde i brevet hit stilt spørsmål ved at Hyllestad vart samanlikna med kommunar som Ber-

gen og Førde ved vurderinga av kva som var vanlege kostnader i distriktet, og det vart i brev herifrå bede om fylkesmannen sin merknad til dette. Fylkesmannen vart også spurt om han hadde vore i kontakt med andre kommunar i distriktet som i folketal og folketettleik likna meir på Hyllestad kommune. Vidare var klagarane kritiske til at fylkesmannen la avgjerande vekt på opplysningar frå kommunen om kva som var vanlege tilknytingskostnader i distriktet utan at dei vart varsla og fekk høve til å koma med merknader, og ombodsmannen bad fylkesmannen kommentera dette. Fylkesmannen vart også spurt om han hadde merknader til at kommunen si «toleranse» i høve til storleiken på tilknytingskostnadane fyrst vart talfesta på dette tidspunktet i saka. Avslutningsvis vart det vist til at for å koma frå bustaden til tilknytingspunktet måtte A leggja vassleidningen over ein naboegedom. Fylkesmannen hadde lagt til grunn at klagarane allereie hadde rett til å leggja vassleidning der, men klagarane opplyste no at det ikkje eksisterte nokon rett til å leggja vassleidningen over naboegedom og at naboen heller ikkje ønskte å gje dei ein slik rett. Ut i frå dette vart det stilt spørsmål om dei nye opplysningane endra fylkesmannen sitt syn i saka.

Fylkesmannen svarte at det vanlegvis kosta om lag 400 – 600 kroner per meter å leggja tilkoplingsrør fram til hovudleidningen. Når det gjaldt kommunar i nærområdet som kunne samanliknast med Hyllestad, viste fylkesmannen til at det for eksempel i Askvoll kommune ikkje var uvanleg med kostnader på 30 000 – 50 000 kroner fordi bygningen i slike strøk ofte kunne liggja 60 – 100 meter frå hovudleidningen. Vidare gjekk det fram at Førde kommune hadde opplyst at det ikkje var uvanleg med utgifter mellom 50 000 – 100 000 kroner for å få tilkoplinga etablert. Fylkesmannen la til grunn at kommunen tidlegare burde ha opplyst saka når det gjaldt faktiske opplysningar om kva nivå vanlege tilknytingskostnader låg på. Fylkesmannen hadde såleis funne det føremålsteneleg å få dette framlagt før saka vart avgjort. Han meinte det ikkje var grunn til å tru at parten hadde betre kunnskap om det generelle kostnadsnivået enn kommunen. I ettertid såg fylkesmannen at parten burde ha fått høve til å kommentera opplysningane kommunen hadde gjeve. Fylkesmannen opplyste så at han hadde teke utgangspunkt i at føresetnaden for å kunna påleggja A tilknytingsplikt var at han fekk rett til å ha ein privat stikkledning over annan mann sin grunn. Fylkesmannen kunne ikkje sjå at det var avgjerande faktiske eller rettslege hinder for at A vart pålagt å knyta seg til den offentlege vassleidningen.

A viste til at tomteprisane i Førde kommune låg åtte gonger over Hyllestad og meinte difor at denne kommunen ikkje kunne samanliknast med Hyllestad. Vidare understreka A at dei ikkje hadde noko rett til å ha vassleidning over nabogrunnen og at slik vassleidningen låg i dag var det ikkje ein gong truleg

at den låg på gnr 79 bnr 6. Dei ønskte ikkje å ta seg til rette på naboegedom og kunne heller ikkje sjå at Hyllestad kommune eller fylkesmannen kunne påleggja dei dette.

I fråsegna skreiv eg følgjande:

«1. Tilknytingsplikt

Når offentleg vassleidning går over eigedom eller i veg som støyter til den, eller over nærliggjande areal, skal bygning som ligg på eigedom knytast til vassleidningen, jf. plan- og bygningslova § 65 andre ledd. Etter plan- og bygningslova § 92 fyrste ledd gjeld dette også for eksisterande bygningar. I praksis er regelen tolka slik at det likevel ikkje er ei tilknytingsplikt dersom kostnaden vil verta «uforholdsmessig stor», jf. plan- og bygningslova § 65 tredje ledd.

a. Vassleidning over naboegedom

A har vist til at dei ikkje har rett til å leggja vassleidning over naboegedom, og understrekar at dei heller ikkje ønskjer å ta seg til rette på naboegedom.

I orskurd teke inn i Retstidende 1980 side 1396 hadde lagmannsretten lagt til grunn at plan- og bygningslova § 66 nr. 2 andre ledd ikkje gjaldt for eksisterande bygg der eigaren ikkje hadde rettsleg høve til å gjennomføra tilknytninga. Kjæremålsutvalet uttalte til dette:

«Etter utvalgets oppfatning gir verken lovens ordlyd eller dens forarbeider tilstrekkelig støtte for en slik innskrenkende tolking av bestemmelsen, anvendt på eksisterende bebyggelse.

Utvalget vil peke på at det gjennom reglene i § 66 nr. 2 tredje ledd er åpnet adgang til å avbøte uheldige virkninger av regelen i bestemmelsens annet ledd om tilkoblingsplikt til kloakk som går over nærliggende areal i et tilfelle som forutsetter ekspropriasjon.»

Kjæremålsutvalet legg såleis til grunn at tilknytingsplikta ikkje er avhengig av at eigedom har rett til å leggja stikkledning over det mellomliggjande arealet. Dei fleste omsyna som ligg bak regelen i plan- og bygningslova § 66 nr. 2 andre ledd gjer seg også gjeldane for plan- og bygningslova § 65 andre ledd. Eg kan etter dette vanskeleg på eit rettsleg grunnlag retta avgjerande innvendingar mot fylkesmannen sitt standpunkt om at tilknytingsplikta vil gjelda sjølv om den aktuelle eigedom i utgangspunktet ikkje har rett til å leggja ledning over naboegedom. Styresmaktene vil såleis kunna påleggja A å skaffa seg slik rett ved avtale eller ved oreigning, jf. oreigningslova § 2 nr. 47. At tilknytning gjer det naudsynt å oreigna og at A alt har ei tilfredsstillande vasskjelde, er moment i vurderinga av om det føreligg «særlige grunner» for å godkjenna ei anna vasskjelde enn den offentlege vassleidningen.

b. «Uforholdsmessig stor kostnad»

A meiner kostnadane med tilknytninga er for store, særleg når desse vert sett i samanheng med at dei alereie har ei tilfredsstillande vassskjelde.

Fylkesmannen legg derimot til grunn at tilknytingskostnadane ikkje er «uforholdsmessige».

Kostnadane med å leggja leidningen vil auka med avstanden til tilknytingspunktet. Aktuelle utgifter vil vera utgifter til graving og sprenging, og utgifter til stikkledning og til å leggja denne. Dersom stikkledning må leggjast i annan mann sin grunn skal utgiftene til å få rett til å leggja leidningen der, telja med, sjå Pedersen, Sandvik, Skaaraas, Os og Ness sin Plan- og bygningsrett punkt 4.3.2.4.

A har fått eit overslag på sprenging, graving og ledning på om lag 55 000 kroner. I overslaget er det ikkje teke omsyn til eventuelle kostnader dersom det vert naudsynt å kjøpa, eventuelt oreigna, rett til å ha vassledning liggjande over framand eigedom. Slik saka no er opplyst er difor ikkje alle relevante kostnader teke med i overslaget og eg har ikkje grunnlag for å ta stilling til om tilknytninga vil medføre «uforholdsmessige kostnader» for A. Ut i frå dette var saka neppe «så godt opplyst som mulig» før tilknytingsvedtaket vart fatta, jf. forvaltningslova § 17 fyrste ledd.

Etter forvaltningslova § 41 er tilknytingsvedtaket likevel gyldig når det er grunn til å rekna med at sakshandsamingsfeilen, her utilfredsstillande opplysning av saka, ikkje kan ha verka bestemmende på innhaldet i vedtaket. Det sentrale ved vurderinga er kor truleg det er at feilen kan ha påverka utfallet av saka.

55 000 kroner ser ut til å liggja i overkant av det kommunen har opplyst ikkje er uvanlege tilknytingskostnader. Utgiftene til å leggja leidningen over framand grunn kan difor vera avgjerande for om kostnaden må reknast som «uforholdsmessig stor», og eg kan vanskeleg sjå bort i frå at feilen kan ha verka inn på innhaldet i vedtaket.

Etter sikker rett kan ikkje regelen i forvaltningslova § 41 tolkast antitetisk. Om vedtaket er ugyldig som følge av sakshandsamingsfeil, eventuelt (også) av andre grunnar, vil som regel koma an på ei noko breiare heilskapsvurdering. I alle høve må det fyrst vurderast om eventuelle sakshandsamingsfeil er reparert i den påfølgjande sakshandsaminga.

Kostnadene ved ein avtale om rett til å leggja leidningen over nabogrunnen eventuelt oreigning av slik rett, er så vidt eg kan sjå ikkje stipulert på noko steg i saka. Opplysningane som mangla kan vera sentrale i høve til tilknytingsplikta for eigedomen. Dette talar for at vedtaket er ugyldig og at saka bør handsamast på nytt.

Eg ber difor om at fylkesmannen syter for at saka vert handsama på nytt og at eg vert orientert om utfallet av den nye handsaminga.

2. Nye opplysningar – parten sin rett til å uttala seg

Etter forvaltningslova § 17 fyrste ledd skal forvaltningsorganet sjå til at saka er så godt opplyst som mogeleg før det treff vedtak. Vidare heiter det i forvaltningslova § 17 tredje ledd:

«Partene bør også for øvrig gjøres kjent med opplysninger av vesentlig betydning som det må forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om, og som parten etter § 18 jfr. § 19 har rett til å gjøre seg kjent med. Ved avveiningen skal legges vekt på om rask avgjørelse er ønskelig og om hensynet til parten er tilstrekkelig varetatt på annen måte, for eksempel ved at han er gjort kjent med retten etter § 18 jfr. § 19 til å se sakens dokumenter.»

A var i klagen hit kritiske til at fylkesmannen la avgjerande vekt på opplysningane frå kommunen om kva som er vanlege tilknytingskostnader i distriktet utan at dei vart varsla og fekk høve til å koma med merknader.

Eg vil fyrst understreka at eg er samd med fylkesmannen i at kommunen på eit tidlegare tidspunkt i saka burde ha opplyst kva nivå vanlege tilknytingskostnader låg på.

Fylkesmannen har i svaret hit opplyst at grunnen til at desse opplysningane ikkje vart lagt fram for klagarane var at det ikkje var grunn til å tru at parten hadde betre kunnskap om det generelle kostnadsnivået enn kommunen. Fylkesmannen ser likevel i ettertid at parten etter forvaltningslova § 17 tredje ledd burde ha fått høve til å kommentera dei opplysningane kommunen hadde gjeve til fylkesmannen. Etter fylkesmannen sitt syn var det likevel ikkje grunnlag for å gå ut frå at parten kunne tilføra saka ytterlegare opplysningar på dette punktet før fylkesmannen vurderte saka.

Opplysningane om kva kostnadsnivå som er vanleg i distriktet er eit sentralt spørsmål i høve til om kommunen hadde høve til å påleggja A og knyta seg til den offentlege vassleidningen og må såleis koma inn under «opplysningar av vesentlig betydning» som fylkesmannen i utgangspunktet skal leggja fram for parten etter forvaltningslova § 17 tredje ledd. Ut i frå at dette var sentralt for avgjera i saka, meiner eg også at dette var opplysningar parten truleg hadde interesse i å uttala seg om.

Etter fylkesmannen sin mening var det ikkje grunnlag for å gå ut i frå at parten kunne tilføra saka ytterlegare opplysningar på dette punktet. Det kan så vera. Kommunen har truleg best oversyn over kva kostnader som er vanleg ved tilknytning til offentleg vassledning i kommunen og også elles i distriktet. Likevel er det grunn til å tru at dei som får pålegg om å knyta seg til offentleg vassledning enten har eller skaffar seg kunnskap om kva andre vert pålagt å betala både i eigen kommune og i nabokommunar. Vidare synest det naudsynt etter forvaltningslova

§ 17 tredje ledd i ei sak som denne, der kommunen ikkje tidlegare har gjeve parten opplysningar om kva som er vanlege tilknytingskostnader, å leggja desse fram for parten for eventuelle merknader når denne opplysninga endeleg vert talfesta. På bakgrunn av dette må eg kritisera sakshandsaminga på dette punktet.

Eg treng ikkje gå nærare inn på om den manglande kontradiksjonen kan ha hatt innverknad på innhaldet i vedtaket, jf. forvaltningslova § 41, då det likevel vil vera naturleg å gje A høve til å uttala seg til opplysningane i samband med at saka vert handsama på nytt, jf. oppmodinga til fylkesmannen i punkt 1 ovanfor.»

76.

Manglende svar og sen saksbehandling i Steinkjer kommune i sak om renovasjon

(Sak 2004–3326)

A klaget til ombudsmannen på manglende svar og sen saksbehandling i Steinkjer kommune. Tross flere henvendelser herfra og lovnader om svar, mottok A først svar etter lang tid.

Ombudsmannen uttalte at den lange behandlingstiden ikke var i samsvar verken med kommunens interne regler eller forvaltningsloven § 11 a, og kritiserte at det ikke var sendt foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger. Ombudsmannen påpekte at saksbehandlingstiden hadde vært uakseptabelt lang også hva gjaldt henvendelsen herfra.

A henvendte seg til Steinkjer kommune per e-post i november 2002 og januar 2003. I slutten av februar 2003 klaget han hit over manglende svar på disse henvendelsene. Det ble herfra tatt telefonisk kontakt med kommunen som opplyste at klager «nå kan regne med å få høre nærmere fra Steinkjer kommune en av de nærmeste dagene». I slutten av april 2003 henvendte klager seg på nytt til ombudsmannen og opplyste at han ikke hadde mottatt svar. I telefonsamtale i første del av mai 2003 ble det opplyst at A «nå kan regne med å få høre nærmere fra Steinkjer kommune i løpet av neste uke». I slutten av mai kom A på nytt tilbake til saken, og skrev at han fremdeles ikke hadde mottatt svar fra kommunen.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og i brev herfra i juni 2003 ble kommunen spurt om A nå hadde mottatt svar på sine henvendelser. Dersom så ikke var tilfellet, ble kommunen bedt om en redegjørelse for når klageren kunne forvente svar. Kommunen ble videre bedt opplyse årsaken til den så vidt lange saksbehandlingstiden, samt redegjøre for kommunens rutiner for å sende foreløpige svar der det forventes å ta uforholdsmessig lang tid før henvendelser kan besvares, jf. forvaltningsloven § 11 a annet ledd.

Steinkjer kommune besvarte ikke henvendelsen innen svarfristen på tre uker og i brev herfra i begynnelsen av august 2003 ble det minnet om saken.

A orienterte i e-post hit om at kommunen i brev i midten av juni 2003 hadde besvart hans e-post fra januar 2003. A hadde imidlertid ikke mottatt svar på e-posten han sendte i november 2002.

Det var heller ikke mottatt svar på spørsmålene som ble stilt i brevet herfra og kommunen ble derfor på ny minnet om saken i september 2003.

Det ble i november 2003 herfra tatt telefonisk kontakt med rådmannen i Steinkjer kommune. Han beklaget at henvendelsene herfra ikke var besvart og lovet svar i løpet av 1–2 uker.

Kommunen svarte nå:

«Til saken bemerkes at A har fått skriftlig svar på sin henvendelse fra januar 2003 til kommunen vedrørende forsøpling ved samleplass og endring av abonnementsbetingelser, jf. vedlagte kopi av vårt svarbrev.

I følge våre rutiner skal det gis svar på henvendelser innen 3 uker fra vi er gjort kjent med saken. I motsatt fall skal det gis et foreløpig svar med opplysninger om saksbehandlingstid og hvem som er saksbehandler. Vi forsøker å etterleve disse bestemmelsene så godt vi kan.

I denne saken har det skjedd vesentlige brudd på både forvaltningslovens bestemmelser § 11 a annet ledd og egne rutiner.

Ovennevnte forhold vil derfor bli tatt opp til intern drøfting og gjeldende rutiner vil bli gjennomgått og innskjerpet.

Kommunen har samtidig tilskrevet A og beklaget brudd på bestemmelsene om god forvaltningsskikk samt gitt svar på spørsmål vedrørende kommunens oppfølging overfor eier av den ulovlige avfallsfyllingen, jf. vårt brev til A.»

I mitt avsluttende brev uttalte jeg:

«1. Manglende svar og sen saksbehandling i Steinkjer kommune

Det følger av forvaltningsloven § 11 a første og annet ledd at et forvaltningsorgan skal forberede og avgjøre en sak uten ugrunnet opphold. Dersom det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal forvaltningsorganet gi et foreløpig svar hvor det fremgår når saken ventes behandlet, samt bakgrunnen for den lange behandlingstiden. Videre følger det av de ulovfestede reglene om god forvaltningsskikk, at dersom forvaltningen likevel ikke kan gi svar innen det opplyste tidspunktet, skal saken følges opp med en forsinkelsesmelding hvor det fremgår ny antatt behandlingstid.

As henvendelse til kommunen i november 2002 ble besvart i november 2003. Svar på henvendelsen i januar 2003 ble gitt i brev fra kommunen i juni 2003. Dette gir saksbehandlingstider på henholdsvis ett år og fem måneder. Hertil kommer at kommunens svar først kom etter gjentatte påminnelser fra mitt kontor. Kommunens behandling av As henvendelser er

utvilsomt ikke i samsvar med forvaltningslovens krav om at foreløpig svar skal sendes «snarest mulig». Forholdet må kritiseres. Videre har kommunen heller ikke fulgt opp sakene og sendt ut forsinkelsesmeldinger når svar likevel ikke kunne gis som lovet. Også dette må kritiseres.

I brevet herfra i juni 2003 ble kommunen bedt om å opplyse årsaken til den lange saksbehandlingstiden. Kommunen har likevel ikke forklart hvorfor behandlingen tok så lang tid. Når kommunen ikke gir noen nærmere begrunnelse for den lange behandlingstiden, må jeg legge til grunn at behandlingen ikke ble foretatt «uten ugrunnet opphold» slik loven foreskriver.

Kommunen opplyste i svaret hit at den har rutiner for behandling av henvendelser fra publikum. I følge rutinene skal henvendelser besvares innen tre uker, og dersom dette ikke er mulig skal det sendes foreløpig svar med opplysninger om saksbehandlingstid og hvem som er saksbehandler.

Som kommunen selv påpeker og som det fremgår ovenfor, er saksbehandlingen i denne saken i strid både med forvaltningslovens regler og kommunens interne rutiner. Kommunens beklagelse overfor A er således på sin plass. Den varslede interne drøftingen og gjennomgangen av gjeldende rutiner synes ut fra behandlingen av As sak og ut fra behandlingen av henvendelsen herfra, å være påkrevet.

2. Manglende svar på ombudsmannens henvendelser

Steinkjer kommune ble i henvendelsen herfra bedt om å redegjøre for manglende svar på As henvendelser samt interne saksbehandlingsrutiner. Svarfristen var satt til tre uker. På tross av flere påminnelser svarte ikke kommunen. Først etter telefonsamtale mellom rådmannen og min kontorsjef ble svar motatt i november 2003.

Det er forståelig at behandlingen av en sak i enkelte situasjoner kan bli forsinket. Jeg kan imidlertid ikke akseptere den lange saksbehandlingstiden for svar på henvendelsene herfra. Jeg viser i denne sammenheng til at Stortinget har forutsatt at forvaltningen skal gi ombudsmannens henvendelser prioritet. Stortingets forutsetning gjelder ikke bare sentralforvaltningen, men også kommunene. Det er påkrevd at ombudsmannen – for å kunne utøve sin virksomhet som Stortingets tillitsmann på en tilfredsstillende måte – ikke bare gis svar, men også at svar gis raskt. Saksbehandlingstiden har i den foreliggende saken vært uakseptabelt lang også hva gjelder henvendelsen herfra, og beklagelsen fra kommunens side er på sin plass.»

77.

Inhabilitet etter ulovfestede regler – sak om opprydning av Kamfjordkilen i Sandefjord

(Sak 2002–1568)

Spørsmål om inhabilitet i Statens forurensningstilsyn (SFT) i forbindelse med tilsynets behandling av klager fra Bellona og Sandefjord Naturvern over Fylkesmannen i Vestfolds vedtak der Sandefjord kommune fikk tillatelse til mudring og deponering av forurensede sedimenter i Kamfjordkilen i Sandefjord. Saken reiste spørsmål om inhabilitet på grunn av myndighet både til å godkjenne tiltak (som fagmyndighet) og til å gi økonomisk støtte til samme (bevilgningsmyndighet).

Ombudsmannen la til grunn at ulovfestede regler om god forvaltningsskikk eller forsvarlig saksbehandling kan medføre saksbehandlingsfeil etter samme prinsipper som ligger til grunn for lovfestede inhabilitetsregler. Etter en konkret vurdering var det likevel ikke grunnlag for å konstatere inhabilitet i denne saken.

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet er om det forelå inhabilitet ved SFTs behandling av klagen fra Bellona og Sandefjord Naturvern over Fylkesmannen i Vestfolds vedtak 15. mai 2002 om å gi tillatelse til mudring og deponering av forurensede sedimenter i Kamfjordkilen i Sandefjord. Bakgrunnen for habilitetsspørsmålet er at SFT forut for avgjørelsen av klagen hadde gitt Sandefjord kommune tilsagn om støtte til opprydningsprosjektet med i alt 18 mill. kroner.

Forvaltningslovens regler, herunder reglene om inhabilitet, gjelder for saker som behandles etter forurensningsloven 13. mars 1981 nr. 6, jf. lovens § 85 første ledd. Den aktuelle bestemmelsen i forvaltningsloven er § 6 annet ledd, der det fremgår at en offentlig tjenestemann er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse når «andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Ved habilitetsvurderingen etter § 6 annet ledd skal det legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for vedkommende tjenestemann eller noen som han har personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om det er reist inhabilitetsinnsigelse av en part i saken.

Forvaltningsloven § 6 gjelder bare inhabilitet for personer, dvs. tjenestemenn i staten, og ansatte og folkevalgte i fylkeskommuner og kommuner, med de særregler om inhabilitet som følger av kommuneloven. Dette følger direkte av ordlyden i bestemmelsen og det er vanskelig å se at det er holdepunkter for en utvidende tolkning av bestemmelsen til å omfatte et forvaltningsorgan som sådan. Et forvaltningsorgan vil derfor ikke kunne anses inhabilt etter forvaltningslovens habilitetsregler. Derimot kan det

tenkes å foreligge slike særegne forhold at samtlige tjenestemenn i et forvaltningsorgan må anses inhabile ved behandlingen av en sak. Virkningen vil i så fall reelt sett kunne bli nesten den samme som om organet som sådant ble ansett inhabilt. I enkelte tilfeller kan situasjonen også ligge slik an at lederen av forvaltningsorganet må anses inhabil, selv om han for så vidt ikke selv har noen egeninteresse i sakens utfall, jf. forvaltningskomiteens innstilling (1958) s. 141. Inhabilitet hos lederen av et organ vil være til hinder for at de underordnede tjenestemenn i organet treffer vedtak i saken, jf. reglene om avledet inhabilitet i forvaltningsloven § 6 tredje ledd. Uttalelsen i ombudsmannens årsmelding for 2001 s. 60 er et eksempel på et slikt tilfelle. I den aktuelle saken kom jeg til at statsråden i Justisdepartementet burde anses inhabil til å treffe avgjørelser i saker om fri rettshjelp der staten ved Justisdepartementet er saksøkt. Saken kunne dermed heller ikke avgjøres av de underordnede tjenestemennene i departementet. Det var derimot ikke noe i veien for at disse kunne forstå den forberedende saksbehandlingen ettersom avledet inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 tredje ledd ikke gjelder forberedelsen av saken.

Det forhold at forvaltningslovens regler om inhabilitet bare gjelder for personer er ikke til hinder for at det på grunnlag av inhabilitetsbetraktninger unntaksvis vil kunne anses å stride mot ulovfestede prinsipper om god forvaltningsskikk eller forsvarlig saksbehandling at et forvaltningsorgan behandler en sak. Dette gjelder ikke minst i en del tilfeller der vedkommende forvaltningsorgan opptrer som klageinstans. Retten til å påklage et enkeltvedtak gir overordnet forvaltningsmyndighet en mulighet for å utøve kontroll med underordnet forvaltning. Klageretten skal også være rettssikkerhetsgaranti for borgerne. For at denne klageretten skal bli reell og den enkelte part skal være sikret en ny uhildet vurdering av saken, legger loven opp til at klagen skal behandles av to instanser, først et underordnet og deretter et overordnet organ. Dersom det overordnede organet forut for klagesaken kan sies å ha tatt stilling til de spørsmålene saken gjelder, vil det kunne fremstå som uheldig at organet også håndterer saken som klagesak. I slike tilfeller vil god forvaltningsskikk kunne tilsi at klagen bør behandles av organet som er overordnet det formelle klageorganet, eller alternativt av et sideordnet setteorgan dersom dette finnes.

Ett eksempel på et slikt tilfelle finnes i plan- og bygningsretten. Miljøverndepartementet har i rundskriv T-6/96 med hjemmel i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 13 siste ledd vedtatt at det skal oppnevnes settefylkesmann i saker der fylkesmannens miljøvernnavdeling med hjemmel i plan- og bygningsloven § 15 annet ledd har påklaget kommunens vedtak. Bakgrunnen for dette er nettopp at det har vært «ansett å være i strid med god forvaltningsskikk at fylkesmannen behandler og avgjør klager

der han som statlig fagmyndighet etter sektorlovgivningen påklager vedtak etter plan- og bygningsloven». Årsaken til at en slik kombinasjon av roller blir ansett for å være i strid med god forvaltningsskikk, er rene habilitetsvurderinger. Det er egnet til å svekke tilliten til fylkesmannens habilitet at han som klageinstans skal avgjøre en sak som en av hans egne fagavdelinger har påklaget.

En noe annerledes situasjon har man i de tilfellene fylkesmannens miljøvernnavdeling, i egenskap av statlig fagmyndighet avgir uttalelse etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd. I disse tilfellene er det to forskjellige avdelinger ved fylkesmannsembetet som henholdsvis gir tilrådingen og som behandler en eventuell klage, og sistnevnte skal under klagebehandlingen prøve alle sider av saken. En uttalelse etter plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd får heller ikke en slik direkte betydning for saksgangen som en klage etter § 15 annet ledd. Det skal derfor mye til før en tilråding fra miljøvernnavdelingen vil føre til inhabilitet hos den avdelingen som skal avgjøre klagen. I ombudsmannens årsmelding for 1998 s. 71 er det imidlertid gjengitt en sak der jeg også i et slikt tilfelle fant at det forelå inhabilitet. Situasjonen var her den at fylkesmannens miljøvernnavdeling hadde klaget over kommunens vedtak, men senere trakk klagen og isteden ga en tilråding og en anmodning om omgjøring. Jeg uttalte at det av hensyn til tilliten til fylkesmannens upartiskhet og nøytralitet som klageinstans burde ha vært oppnevnt settefylkesmann i saken.

I en uttalelse 3. desember 2003 (sak 2002–1765) kom jeg, under noe tvil, også til at fylkesmannen etter ulovfestede prinsipper om god forvaltningsskikk måtte anses inhabil til å treffe vedtak i en klagesak om en reguleringsplan, jf. plan- og bygningsloven § 27–3 annet ledd jf. § 13 fjerde ledd og § 15. Fylkesmannen hadde opprinnelig hatt innsigelser mot reguleringsplanen etter plan- og bygningsloven § 27–2 nr. 2, men trakk disse etter at planen ble endret bl.a. etter et meklingsmøte der også fylkesmannen hadde vært til stede. Jeg la vekt på at fylkesmannen ville måtte ta stilling til som klageinstans de samme påstandene som fylkesmannen, ved å trekke innsigelsene, allerede hadde konkludert med ikke ville være i strid med eller uheldig for reguleringsplanen.

I den foreliggende saken er det spørsmål om hvilken betydning tidligere befattning med en sak i egenskap av bevilgende myndighet skal ha ved behandlingen av klage over tillatelse til tiltak som er finansiert ved de bevilgede midlene. Det må anses klart at bevilgningsvedtaket i seg selv ikke er tilstrekkelig for å konstatere inhabilitet. Forholdet må vurderes konkret, og et sentralt spørsmål er om SFT ved sin tildeling av midler til opprydningsprosjektet kan sies å ha tatt stilling til de samme forholdene som er påklaget av Bellona og Sandefjord Naturvern. Dersom dette besvares bekræftende må det fo-

retas en nærmere vurdering i forhold til at saksbehandlingen også skal være forsvarlig og i samsvar med god forvaltningsskikk.

SFT ga første gang tilsagn om tilskudd til opprydningsprosjektet i brev 20. juli 2001 til Sandefjord kommune. I brevet er det redegjort for kommunens planlagte tiltak i og ved Sandefjordsfjorden. I forhold til tiltak i sedimenter fremgår det at det på dette tidspunkt ikke var tatt stilling til valg av teknisk løsning for opprydningen. Fra SFTs side ble opprydningstiltakene fremhevet som «svært interessante da de i tillegg til bedret tilstand i fjorden, forventes å gi økt kunnskap og erfaringer som vil kunne ha betydelig nytteverdi i det videre arbeidet med å rydde opp i forurenset grunn og sedimenter i Norge». Det ble videre fremhevet at «[d]eler av tilskuddet kan brukes til delprosjekt som går ut på utvikling av og utprøving av teknologiske løsninger for fjerning og/eller behandling av forurensete sedimenter». Vilkåret om formålet med bevilgningen var også svært vidt formulert:

«Tilskuddet skal brukes til å bedre miljøtilstanden i Sandefjordsfjorden samt gi økt kunnskap og erfaring som er nødvendig for opprydning i forurensete sedimenter i fjorder og havner langs kysten.»

Jeg har vanskelig for å se at SFT gjennom dette tilsagnsbrevet tok stilling til valg av metode for opprydning i sedimentene, eller hva slags tiltak som vil være påkrevet etter forurensningslovens regler. SFT satte tvert imot som uttrykkelig vilkår at dette må avklares særskilt med fylkesmannen:

«Det forutsettes at nødvendige tillatelser etter forurensningsloven avklares med Fylkesmannen i Vestfold som rette myndighet.»

SFT varslet allerede i det første tilsagnsbrevet 20. juli 2001 at det, forutsatt tilstrekkelige bevilgninger over statsbudsjettet, ville vurdere å gi ytterligere støtte for 2002 «for å bidra til at opprydningstiltakene i Kamfjordkilen kan sluttføres på en hensiktsmessig måte». Dette er en indikasjon på at SFT ville bevilge ytterligere midler uavhengig av hvilken teknisk løsning som ble valgt for opprydningsarbeidet.

Formelt tilsagn om tilskudd over budsjettet for 2002 ble først gitt i brev 1. juli 2002 til kommunen. Det ble samtidig gitt forhåndstilsagn om tilskudd for 2003 med 2,5 mill. kroner. Sistnevnte forhåndstilsagn ble i SFTs brev 5. juli 2002 utvidet til 4 mill. kroner. Klagen fra Bellona og Sandefjord naturvern ble oversendt til SFT ved fylkesmannens brev 25. juni 2002. Det er ikke opplyst om SFT eller vedkommende avdeling i SFT var kjent med klagen da tilsagnene om støtte for 2002/2003 ble gitt, men det antas at dette i alle fall må ha vært kjent da SFT skrev sitt brev 5. juli 2002.

I perioden mellom tildeling av støtte for 2001 og

2002 foretok Sandefjord kommune sitt valg av teknisk løsning for å rydde opp i sedimentene i Kamfjordkilen. Dette var SFT kjent med da det ble vurdert om det skulle gis støtte til prosjektet også i 2002/2003, og metoden er gjengitt i grove trekk i SFTs redegjørelse for opprydningsprosjektet i tildelingsbrevet 1. juli 2002. Det er imidlertid verken i dette brevet eller i brevet 5. juli 2002 foretatt noen kobling mellom tilsagnet om å yte tilskudd og valget av metode for opprydningen. Under SFTs vurdering er det særlig pekt på den betydelige forurensningen i fjorden og behovet for å gjennomføre tiltak for å hindre spredning av forurensning fra området. Videre er det fremhevet at «erfaringene fra planlegging og gjennomføring av prosjektet vil kunne være til nytte for kommuner, havner og fjordområder som skal vurdere opprydningstiltak i årene som kommer». Det kan selvsagt stilles spørsmål om dette relaterer seg til den konkrete metoden som var valgt, men det er vel så naturlig å se det slik at det ville være en slik overføringsverdi uansett hvilken metode som hadde vært valgt. Uansett om SFT kan sies å ha gjort seg opp en mening om den valgte metoden, hvilket det ikke er holdepunkter for, er det ikke noe som tyder på at SFT foretok en vurdering av metoden opp mot andre alternative løsninger og forurensningslovens krav. Det ble for øvrig også ved tildelingen for 2002/2003 vist til vilkårene i tildelingsbrevet 24. juli 2001, herunder vilkåret om nødvendige tillatelser etter forurensningsloven.

Ved SFTs vurdering av klagen over fylkesmannens tillatelse til tiltakene i Kamfjordkilen var det helt andre forhold som stod i fokus enn det som var tilfellet ved behandlingen av søknadene om økonomisk støtte. I forbindelse med klagesaken vurderte SFT særlig risikoen for spredning av forurensning ved pæling knyttet til utbygging av Kilen Brygge, ambisjonsnivået for opprydningen, prøvetaking og valg av løsning for forurensete muddermasser.

Selv om jeg kan forstå at Bellona og Sandefjord Naturvern kan rette generelle innsigelser mot at SFT opptrer som klageinstans over tiltak i forbindelse med et prosjekt tilsynet selv har støttet økonomisk, kan jeg vanskelig se at dette er et forhold som kan kritiseres på rettslig grunnlag ut fra de konkrete omstendighetene i den foreliggende saken. Det avgjørende for meg i denne forbindelse har vært at det ikke foreligger holdepunkter for at SFT som organ eller tjenestemenn i tilsynet forut for klagebehandlingen, hadde tatt stilling til eller vurdert nærmere de spørsmålene som stod sentralt i klagesaken. Det er da heller ikke grunnlag for å si at det forelå inhabilitet ved SFTs behandling av klagen. Etter dette er det ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om i hvilke tilfeller en tidligere stillingtaken i forbindelse med bevilgning stenger for senere behandling av en tilknyttet tillatelse eller bevilling som forutsetter bruk av de bevilgede midler.»

Landbruk og konsesjon

78.

Avkorting av produksjonstilskudd – forvaltningens plikt til å foreta en selvstendig prøving av om virksomheten er drevet i strid med gjeldende regelverk og av selve skyldkravet

(Sak 2004–1355)

I henhold til § 12 i produksjonstilskuddsforskriften kan tilskudd avkortes dersom et foretak driver eller har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet og det er utvist grov uaktsomhet eller forsett. Dyrevernemnda hadde truffet vedtak om at A hadde brutt bestemmelser i dyrevernloven. Etter anmodning fra nemnda hadde tilskuddsforvalter vedtatt å avkorte As produksjonstilskudd. As klage over avkortingsvedtaket ble ikke tatt til følge. Fylkesmannen som klageinstans la uprøvd til grunn både dyrevernemndas vurdering etter dyrevernloven og nemndas vurdering av skyldkravet. Bl.a. under henvisning til et rundskriv fra SLF mente fylkesmannen at han ikke hadde myndighet til å foreta overprøving av dyrevernemndas vurderinger.

Ombudsmannen stilte spørsmål ved tilskuddsmyndighetenes praktisering av regelverket. Ombudsmannen la til grunn at tilskuddsforvalter i produksjonstilskuddsforskriften er gitt myndighet til å foreta en selvstendig prøving både i forhold til om virksomheten drives eller er drevet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet og i forhold til skyldkravet. Tilskuddsforvalter kunne derfor ikke uprøvd legge til grunn dyrevernmyndighetenes vurderinger. Ombudsmannen ba om at den konkrete saken ble vurdert på nytt, og forutsatte også at departementet sørget for at uklarheten vedrørende tilskuddsforvalters myndighet ble klargjort.

Landbruksmyndighetene foretok etter dette nødvendige presiseringer til sitt tidligere rundskriv for å sikre at praksis blir i samsvar med uttalelsen. Ved fylkesmannens fornyede behandling av saken fikk klageren avkortingsbeløpet halvert.

As advokat henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med at landbruksmyndighetene hadde truffet vedtak om avkorting av produksjonstilskudd til ham.

Fylkesmannen i Nord-Trøndelag stadfestet 12. november 2002 kommunens vedtak om avkorting av produksjonstilskuddet med kr. 71.584,-. Fra fylkesmannens klagevedtak siteres:

«Vedtaket fattet av dyrevernemnda er ikke på noe tidspunkt påklaget av Deres klient ---. Dette innebærer at nemndas vedtak er endelig. Dette innebærer at fylkesmannen må legge til grunn at dyrevernemndas vedtak bygger på riktige faktiske forhold.

Fylkesmannen har ikke vurdert saken i forhold til dyrevernloven, og forholder seg derfor til

dyrevernemnda som kompetent forvaltningsmyndighet m.h.t. dyrevernlovens bestemmelser. I dyrevernemndas brev av 03.06.2002, konstateres det at --- har drevet virksomheten i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet, i dette tilfelle dyrevernloven. --- har enten utvist grov uaktsomhet eller med forsett unnlatt å etterkomme vedtak fattet av dyrevernemnda. Fylkesmannen presiserer at det er forvalter av dyrevernloven, og ikke tilskuddsforvalter, som har lagt dette til grunn. Dette vedtak er ikke påklaget av Deres klient, og kan heller ikke overprøves av fylkesmannen.

Fylkesmannen finner at forskrift om produksjonstilskudd i jordbruket, § 12 gir hjemmel for avkorting av tilskuddet. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er at staten ikke ønsker å støtte ulovlig jordbruksvirksomhet.»

I klagebrevet hit anførte bl.a. advokaten at det forelå saksbehandlingsfeil når fylkesmannen ikke hadde foretatt en selvstendig prøving av om A «har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet», jf. vilkåret i produksjonstilskuddsforskriften § 12.

I foreleggelsesbrevet herfra ble fylkesmannen bl.a. bedt om å kommentere anførselen om at fylkesmannen skulle foretatt en selvstendig prøving.

I svarbrevet viste fylkesmannen til sin tidligere uttalelse om at «det ligger utenom fylkesmannens saklige område å overprøve dyrevernemndas vurdering etter dyrevernlovens bestemmelser».

As advokat kom tilbake til saken og fastholdt at fylkesmannens vedtak led av så alvorlige feil og mangler at det var ugyldig. Fra brevet siteres:

«Det vises innledningsvis til at fylkesmannen som klageorgan skal behandle og vurdere hvorvidt de fastsatte vilkår for avkorting av produksjonstilskudd foreligger. Fylkesmannen må da som vedtaksorgan selvstendig vurdere hvorvidt --- »har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet», jfr. forskriften om produksjonstilskudd i jordbruket § 12.

Fylkesmannens brev av 19.02. 2003 synes å bekrefte at fylkesmannen ikke har foretatt en slik selvstendig vurdering av regelverket, men kun lagt til grunn dyrevernemndas oppfatning omkring --- dyrehold. Det vises for så vidt til at det heller ikke av dyrevernemndas anmodning om inndragelse av produksjonstilskudd datert 03.06.2002 nærmere fremgår hvilke bestemmelser i dyrevernloven som eventuelt skal være overtrådt.»

I senere brev bemerket fylkesmannen bl.a.:

«For at tilskuddet skal kunne avkortes etter forskrift om produksjonstilskudd i jordbruket § 12, kreves det at kompetent myndighet har konstatert at regelverk for jordbruksvirksomhet er overtrådt. I dyrevernaker kreves det at dyrevernemnda har fattet vedtak om brudd på bestemmelsene i dyrevernloven før kommunen avslutter å avkorte tilskuddet.

I dyrevernaker er det dyrevernemnda, med distriktsveterinæren som sekretær, som er kom-

petent myndighet. Fylkesveterinæren er klageinstans for vedtak fattet av dyrevernemnda. Fylkesmannen har ikke kompetanse til å vurdere saker med bakgrunn i dyrevernloven. Etter retninglinjene er det forvalter av særregelverket, og ikke tilskuddsforvalter, som skal vurdere om det er drevet dyrehold som er i strid med dyrevernloven. Fylkesmannens oppgave er å se om det er hjemmel i forskriften for å avkorte tilskuddet.»

Det ble etter dette funnet grunn til å ta saken opp med Landbruksdepartementet. Fra foreleggelsesbrevet herfra siteres:

«Mener departementet at det er hjemmel for at dyrevernmyndighetene i en sak som den foreliggende skal avgjøre om det foreligger brudd på dyrevernloven med endelig virkning i forhold til avkorting av produksjonstilskuddet? I tilfelle ja, burde ikke klageren da ha blitt orientert om at dyrevernmyndighetenes vedtak om brudd på bestemmelser i dyrevernloven var endelige i forhold til et senere vedtak om avkorting av produksjonstilskudd? Dersom klageren ikke ble gjort kjent med dette, er i tilfelle dette å anse som brudd på veiledningsplikten, jf. forvaltningsloven § 11?

Dersom lovgivers mening har vært at det er særlovmyndighetene/ fagmyndighetene som skal avgjøre om det foreligger brudd på regelverket for jordbruksvirksomhet, burde det ikke da ha framgått av forskriften om produksjonstilskudd at det er et vilkår for avkorting at det foreligger vedtak fra særlovmyndighet/fagmyndighet?

Må ikke uttalelsen i landbruksforvaltningens rundskriv bare oppfattes som en instruks om at det må foreligge vedtak fra særlovmyndighetene om brudd på regelverk for jordbruksvirksomhet før landbruksmyndighetene selv tar saken opp til vurdering?»

Etter å ha tatt saken opp med Statens landbruksforvaltning, uttalte departementet i svarbrev bl.a.:

«Av departementets høringsnotat av 18. oktober 2001 s. 40 (vedlagt) framgår at adgangen til både tilbakeholdelse og avkorting i § 12 forutsetter at kompetent myndighet har fattet et gyldig, endelig vedtak om at regelverket på det aktuelle fagområdet er overtrådt. Vedtaket må utfyllende beskrive faktum og forholdet til regelverket det bygger på. Beskrivelsen skal også inneholde en vurdering av hvor graverende fagmyndigheten mener overtredelsen er ut fra eget regelverk, både med tanke på skyld og på overtredelsens karakter. Dette oversendes til forvalter av produksjonstilskuddsordningen, som på selvstendig grunnlag foretar en konkret, skjønnsmessig vurdering av hvor alvorlig lovbruddet er i *produksjonstilskuddssammenheng*. På bakgrunn av dette beslutter tilskuddsmyndighetene om det er rimelig å holde tilbake eller avkorte produksjonstilskuddet helt eller delvis. Tilskuddsforvalter kan komme til at det ikke er grunnlag for å avkorte tilskuddet, selv om fagmyndigheten mener at overtredelsen er alvorlig.

Et vedtak fra fagmyndighetene om overtredelse av regelverk er, som forklart ovenfor, nødvendig, men ikke tilstrekkelig for å kunne fatte vedtak om hel eller delvis avkorting av produksjonstilskuddet. Dette systemet bygger på effektivitets- og rettssikkerhetshensyn. Saksbehandlingen blir enklere for landbruksmyndighetene dersom de kan bygge på et vedtak fattet av for eksempel dyrevernmyndighetene. Fagmyndigheten presumeres å være mest kompetent til å vurdere om eget regelverk er overtrådt og hvor alvorlig overtredelsen er på eget fagområde. Det er den samme vurderingen som ligger til grunn for at domstolene har begrenset prøvingsrett overfor forvaltningens frie skjønn. Selv om det er lagt til grunn at tilskuddsmyndighetene skal fatte en selvstendig avgjørelse, mener departementet at det på denne bakgrunnen må legges betydelig vekt på fagmyndighetenes vurdering av overtredelsens karakter.

Av § 12 i forskriften framgår det klart at produksjonstilskuddet kan tilbakeholdes, eller avkortes der mottaker driver virksomhet «i strid med regelverket for jordbruksvirksomhet». Søker om produksjonstilskudd er selvstendig næringsdrivende, og forpliktet til å kjenne de reglene som er grunnlag for å motta tilskuddet og reglene som gjelder for driften. Dersom fagmyndighetene har fattet vedtak om overtredelse av denne typen regelverk, må det kunne kreves at tilskuddsmottaker kjenner til at dette kan få konsekvenser for retten til produksjonstilskudd, slik at klageadgangen utnyttes i den grad man er uenig i vedtaket.»

Fra departementets vurdering av den konkrete saken siteres:

«Ut fra de dokumentene som er vedlagt i saken, kan departementet ikke se at det framgår at dyrevernemnda har vurdert om de har hjemmel til sanksjoner i eget regelverk. Dette bør være en klar forutsetning for å kunne anvende § 12 i produksjonstilskuddsforskriften.»

Departementet la videre til grunn at verken kommunen eller fylkesmannen hadde hatt tilstrekkelig grunnlag for å vurdere tilbakeholdelse/avkorting. Departementet viste herunder bl.a. til at dyrevernemndas vedtak ikke ga noen beskrivelse av hvor alvorlig overtredelsene var i forhold til reglene om dyrevern og at det var uklart hvilke bestemmelser i dyrevernloven A etter utløpet av fristene ikke overholdt.

Departementet kunne heller ikke se at fylkesmannen hadde foretatt noen vurdering av skyldgraden ved overtredelsene eller at fylkesmannen hadde vurdert konkret om *eller i hvilken grad* overtredelsen burde få følger for As produksjonstilskudd.

As advokat kom med merknader til departementets svar. Under henvisning til departementets uttalelser konstaterte han at kommunen og fylkesmannen ikke hadde håndtert regelverket korrekt i As sak.

Fylkesmannen, Statens landbruksforvaltning og departementet kom etter dette ikke tilbake til saken.

I min avsluttende uttalelse fremholdt jeg:

«Forskrift om produksjonstilskudd i jordbruket av 22. mars 2002, fastsatt med hjemmel i jordlova §§ 3 og 18, har i § 12 en bestemmelse om avkorting ved regelverksbrudd. Det er denne bestemmelsen kommunen og fylkesmannen har hjemlet vedtaket om avkorting i. Bestemmelsen lyder slik:

«Dersom foretaket driver eller har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet, kan hele eller deler av tilskuddet holdes tilbake inntil forholdet er rettet. Er det ved overtredelsen av slikt regelverk utvist grov uaktsomhet eller forsett, kan hele eller deler av tilskuddet som tilfaller foretaket avkortes.»

Ifølge denne bestemmelsen, jf. forskriften § 10, er det landbruksmyndighetene (kommunen, fylkesmannen og Statens landbruksforvaltning) som har myndighet til å treffe vedtak om avkorting av produksjonstilskudd. Spørsmålet i foreliggende sak er om fylkesmannen som klageinstans i forbindelse med vedtaket om avkorting av produksjonstilskuddet også hadde selvstendig plikt til å vurdere om vedkommende mottaker av produksjonstilskuddet «har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet» og om det ved overtredelsen er «utvist grov uaktsomhet eller forsett». Fra fylkesmannens side er det uttalt at han ikke har myndighet til å vurdere saker med bakgrunn i dyrevernavloven. Fylkesmannen har videre vist til at det fremgår av retningslinjer at det er forvalter av særregelverket, og ikke tilskuddsforvalter, som skal vurdere om det er drevet dyrehold i strid med dyrevernavloven. De retningslinjene fylkesmannen har henvist til er Statens landbruksforvaltnings rundskriv 57/2002. Fra rundskrivet siteres:

«For at tilskuddet skal kunne holdes tilbake etter § 12 første punktum kreves det at kompetent myndighet har konstatert at regelverk for jordbruksvirksomhet er overtrådt. Gyldig, endelig vedtak om overtredelse iht. forvaltningslovens regler må oversendes kommunen.---

Dersom det er utvist «grov uaktsomhet» eller «forsett» ved overtredelsen av annet regelverk, kan hele eller deler av tilskuddet avkortes jf. § 12 annet punktum.---

For at denne regelen skal komme til anvendelse kreves det altså at særmyndighetene, for eksempel dyrevernavmyndighetene, har konstatert at regelverksbruddet har skjedd grovt uaktsomt eller forsettlig. Det er altså forvalter av særregelverket, og ikke tilskuddsforvalter, som skal vurdere om det er utvist grov uaktsomhet eller forsett.---

Dersom det er konstatert at slik skyld er utvist, kan tilskuddet avkortes helt eller delvis. Kommunen skal altså her utvise et skjønn, jf. «kan», og skal både ta stilling til om tilskuddet skal avkortes, og i tilfelle *hvor mye*.»

Ut fra departementets svarbrev hit 28. oktober 2003 må jeg legge til grunn at også departementets standpunkt er at tilskuddsmyndighetene *ikke* har

selvstendig plikt til å vurdere om vedkommende mottaker av produksjonstilskudd «har drevet sin virksomhet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet». I motsetning til fylkesmannen og Statens landbruksforvaltning mener imidlertid departementet at tilskuddsmyndighetene *skal* vurdere skyldgraden, dvs. ta stilling til om det er utvist «grov uaktsomhet eller forsett» ved overtredelsene.

På bakgrunn av uttalelsene fra fylkesmannen forstås gjeldende praksis slik at dersom det foreligger vedtak fra særlovmyndighetene/fagmyndighetene om brudd på reglene for jordbruksvirksomhet, legges dette uprøvd til grunn av de myndighetene som forvalter produksjonstilskuddsregelverket.

Jeg finner å måtte stille spørsmål om denne praktiseringen av regelverket er riktig. I henhold til ordlyden i forskriften om produksjonstilskudd § 12, jf. § 10, må landbruksmyndighetene sies å være gitt myndighet til å foreta en selvstendig overprøving både i forhold til spørsmålet om virksomheten drives eller er drevet i strid med regelverk for jordbruksvirksomhet samt i forhold til spørsmålet om det er utvist grov uaktsomhet eller forsett. Jeg kan heller ikke se at det er uttalelser i det tilsendte høringsnotatet som tilsier at tilskuddsmyndigheten ikke skal ha denne myndighet. Selv om høringsnotatet – og ovennevnte rundskriv – legger opp til en ordning hvor det er en forutsetning for å treffe vedtak om avkorting av produksjonstilskudd at det foreligger endelig vedtak fra særlovmyndighetene om overtredelse, medfører ikke det at tilskuddsmyndighetene ikke skal kunne overprøve særlovmyndighetenes vurdering på dette punktet.

Når forskriften legger en myndighetsoppgave til landbruksmyndighetene, må utgangspunktet også være at de plikter å foreta en slik overprøving. Det kan ikke være riktig utgangspunkt at landbruksmyndighetene i slike tilfeller uprøvd legger til grunn de vurderinger som er foretatt av et annet organ.

Den ordningen som synes å være etablert i praksis med støtte i høringsnotatet og Statens landbruksforvaltnings rundskriv kan ikke sies å være i samsvar med forskriftens ordlyd. Dersom meningen hadde vært at det var særlovmyndighetene/fagmyndighetene – og ikke forvalter av produksjonstilskuddsregelverket – som skulle avgjøre med bindende virkning om regelverket for jordbruksvirksomhet var brutt, burde dette i tilfelle fremgått klart av forskriften. Det kunne for eksempel være satt som vilkår i forskriften at det forelå vedtak fra særlovmyndighet/fagmyndighet om brudd på regelverket for jordbruksvirksomhet for at avkortingsvedtak kunne fattes. Slik forskriften nå lyder, fremstår det ikke som klart overfor tilskuddsmottakeren at dyrevernavmyndighetenes vedtak om brudd på bestemmelser i dyrevernavloven er endelige i forhold til et senere vedtak om avkorting av produksjonstilskudd. Heller ikke i dyrevernavmyndighetenes vedtak i saken fremkommer det at deres vurderinger er avgjørende i forhold til et senere vedtak om avkorting av produk-

sjonstilskudd. Tilskuddsmottakeren kan da vanskelig lastes for at han i tilfelle ikke har vært klar over at han har mistet muligheten til å angripe dyrevernemndas vurderinger om brudd på dyrevernloven i en eventuell senere sak om avkorting av produksjonstilskudd. Som påpekt i foreleggelsesbrevet til departementet, innebærer det nødvendigvis heller ikke en erkjennelse av brudd på bestemmelsene i dyrevernloven at et slikt vedtak fra dyrevernmyndighetenes side ikke påklages. Det kan for eksempel bero på at vedkommende har tenkt å følge opp eventuelle pålegg selv om han ikke er enig i at han har brutt de aktuelle bestemmelsene.

Jeg har imidlertid ikke innvendinger mot at tilskuddsmyndighetene i praksis krever at det må foreligge bindende vedtak fra særlovmyndighetene før inndragningsvedtak kan fattes. Dette er også forståelig ut fra rettsikkerhetsmessige hensyn.

Det er videre forståelig at tilskuddsmyndighetene i slike saker legger stor vekt på særlovmyndighetenes vurdering. Selv om tilskuddsmyndighetene i stor grad støtter seg til fagmyndighetenes vurderinger, kan de ikke – som i foreliggende tilfelle – avvise å prøve dyrevernmyndighetenes vedtak og vurderinger. Også tilskuddsmyndighetene må forsikre seg om at vilkårene for avkorting er oppfylt; dvs. at tilskuddsmottakeren har drevet/driver sin virksomhet «i strid med regelverket for jordbruksvirksomhet» og at skyldkravet er oppfylt.

I foreliggende tilfelle, hvor klageren fremholder at han ikke har brutt bestemmelsene i dyrevernloven, og hvor fylkesveterinæren som klageinstans for dyrevernemndas vedtak heller ikke har tatt stilling til dette, ville det kanskje vært naturlig for å få saken tilstrekkelig opplyst at tilskuddsmyndighetene i første omgang forela spørsmålet for dyrevernmyndighetene.

Landbruksdepartementet – og også Statens landbruksforvaltning – har kommet med andre innsigelser til fylkesmannens behandling av saken. Departementet har bl.a. påpekt at dyrevernemnda ikke har vurdert om de har hjemmel til sanksjoner i eget regelverk, og at dette bør være en klar forutsetning for å kunne anvende § 12 i produksjonstilskuddsforskriften. Videre har departementet påpekt at tilskuddsmyndighetene heller ikke synes å ha hatt tilstrekkelig grunnlag for å vurdere tilbakeholdelse/avkorting samt at fylkesmannen heller ikke har foretatt en konkret vurdering av om eller i hvilken grad overtredelsen bør få følger for produksjonstilskuddet. Jeg finner ikke grunn til å kommentere dette nærmere.

Jeg må etter dette be om at tilskuddsmyndighetene vurderer saken på nytt i lys av det jeg har fremholdt om plikten til overprøving. Jeg forutsetter også at tilskuddsmyndighetene tar til etterretning departementets innsigelser til behandlingen av denne konkrete saken.

Som det fremgår foran, legger departementet – i

motsetning til Statens landbruksforvaltning – til grunn at tilskuddsforvalter skal vurdere skyldkravet i en sak som den foreliggende. Jeg har merket meg departementets opplysning om at det vil sørge for at uklarheten i Statens landbruksforvaltnings rundskriv 57/2002 på dette punkt oppklares. Ut fra det jeg har fremholdt foran, forutsetter jeg at departementet også sørger for at uklarheten vedrørende tilskuddsforvalters myndighet når det gjelder vurderingen av om det foreligger regelverksbrudd klargjøres. Dersom departementet skulle mene at den foreliggende praksis bør videreføres, forutsetter jeg at departementet i tilfelle igangsetter arbeid for å foreta nødvendige forskriftsendringer.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utviklingen i saken.»

I nytt rundskriv 28/2004 foretok Statens landbruksforvaltning nødvendige presiseringer til rundskriv 110/2003 for å sikre at praksis blir i samsvar med min uttalelse.

Fylkesmannen i Nord-Trøndelag vurderte også klagesaken på nytt i lys av min uttalelse og Statens landbruksforvaltnings presiseringer. Fylkesmannen konkluderte med at avkortingsvedtaket var riktig ut fra situasjonen på det tidspunktet vedtaket ble truffet. På bakgrunn av at forholdene knyttet til saueholdet hadde blitt bedre i etterkant av vedtaket, fant fylkesmannen imidlertid grunnlag for å halvere beløpet.

79.

Rettslig klageinteresse i sak om fritak fra boplikt

(Sak 2004–1536)

Bs søknad om varig fritak fra boplikt ble fremsatt vel fire måneder etter at fristen for å bosette seg hadde gått ut. Søknaden ble innvilget, og A – den neste i odelsrekken – klaget over vedtaket. Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder la til grunn at A ikke hadde rettslig klageinteresse og avviste klagen.

I samsvar med en tidligere uttalelse – årsmeldingen for 1997 s. 80 – mente ombudsmannen at A måtte anses å ha rettslig klageinteresse. Fritaket medførte at Bs mislighold ble begrenset til perioden fra fristens utløp til innsending av søknad, og fritaket kunne derfor få avgjørende betydning for As muligheter til å vinne frem i en odelsløsningssak. Ombudsmannen uttalte seg også om klageadgangen i saker hvor boplikten ikke er misligholdt på søknadstidspunktet. Selv om det ved vurderingen av en fritakssøknad legges vekt på eventuelle planer øvrige odelsberettigede har for en eiendom, kan slike planer likevel ikke gi grunnlag for klagerett. Klagernes interesse er i slike tilfeller for indirekte og avledet.

Etter fornyet vurdering kom fylkeslandbrukssty-

ret til at A måtte anses klageberettiget, og klagen ble tatt opp til behandling.

As advokat henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med at Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder hadde avvist As klage over at B hadde fått innvilget fritak fra boplikten på en odelseiendom. Fylkeslandbruksstyret la, bl.a. under henvisning til uttalelse i Landbruksdepartementets rundskriv M-5/2001, til grunn at A, som var den neste i odelsrekken, ikke hadde rettslig klageinteresse i saken.

Fra advokatens klagebrev siteres:

«Sivilombudsmannen har i en tidligere sak lagt til grunn at en som vil påklage en avgjørelse om fritak for bo- og driveplikten ikke har rettslig klageinteresse, og en klage blir derfor avvist som i dette tilfelle. Dette er senere lagt til grunn i landbruksdepartementets vegleder i forhold til behandlingen av slike saker.

Saken har imidlertid en annen prinsipiell side, og det er at tilbakesøkningsretten etter odelsloven derved suspenderes, i og med at det ikke oppstår «et mislighold» i forhold til bo- og driveplikten, når det er gitt varig fritak fra denne. Jeg henleder oppmerksomheten til mitt klagebrev til Farsund kommune datert 9.1.2003. En kan ikke se at denne siden er vurdert ved sivilombudsmannens tidligere behandling, og i landbruksdepartementets vegleder.»

Saken ble forelagt Landbruksdepartementet, som uttalte seg til saken i brev 20. oktober 2003.

Departementets svar ble oversendt As advokat, som kom med merknader i brev 30. oktober 2003.

Departementet opplyste i brev 7. november 2003 at det ikke hadde ytterligere merknader til saken.

Fylkesmannen i Vest-Agder ble holdt orientert herfra om korrespondansen i saken.

I min uttalelse ga jeg bl.a. uttrykk for følgende:

«Det følger av forvaltningsloven § 28 første ledd første punktum at et enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med «rettslig klageinteresse» i saken. Hvorvidt en klager har rettslig klageinteresse, vil bero på i hvilken grad vedtaket har faktiske og rettslige virkninger for vedkommende. I den enkelte sak må det foretas en konkret helhetsvurdering av sakens faktiske forhold. Det avgjørende må være om klagerens tilknytning til saken er av en slik art og en slik styrke at det er rimelig at han får anledning til å få vedtaket prøvd av en høyere forvaltningsinstans.

1. Spørsmål om det foreligger rettslig klageinteresse når boplikten er misligholdt på søknadstidspunktet

Fylkeslandbruksstyret har i sitt avvisningsvedtak henvist til en uttalelse i Landbruksdepartementets rundskriv M-5/2001 hvor det er lagt til grunn at odelsberettigede eller andre som må gi fra seg odels-

eiendom på grunn av odelsløsning ikke har rettslig klageinteresse over et vedtak som gir odelsløseren fritak fra eller utsettelse med å oppfylle bo- og driveplikten.

Advokaten har i klagebrevet hit vist til at departementets standpunkt er i samsvar med en tidligere uttalelse fra ombudsmannen. Som påpekt i foreleggelsesbrevet herfra, antas det at henvisningen knytter seg til saken inntatt i årsmeldingen for 1982 side 114. Saksforholdet her var at A, som måtte gi fra seg eiendommen til B i en odels sak, klaget da B søkte om fritak fra boplikten. Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å kritisere standpunktet om at A ikke hadde rettslig klageinteresse i saken. Det ble lagt til grunn at As interesse i saken lå i muligheten for å få eiendommen tilbake, og at dette forutsatte at fritaksøknaden ble avslått, at B deretter misligholdt boplikten, og at A vant frem med tilbakesøkningskrav etter odelsloven § 28. Ombudsmannen konkluderte med at As interesse var knyttet til hypotetiske forhold og var for indirekte og avledet til at han kunne anses å ha rettslig klageinteresse.

I en senere sak, inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1997 side 80, var det på nytt spørsmål om klagerett for en odelsberettiget (A). B som tok over eiendommen ved odelsløsning hadde ikke flyttet til eiendommen innen ett år, og søkte først om fritak etter utløpet av ett års-fristen i odelsloven § 27 første ledd. Det ble lagt til grunn at bo- og driveplikten i utgangspunktet var misligholdt, og at A etter odelsloven § 28 hadde anledning til å reise odelsløsningssak. Etter ombudsmannens mening måtte A sies å ha rettslig klageinteresse i saken da fritaket medførte at Bs mislighold ble begrenset til perioden fra fristens utløp til innsending av søknad, og fritaket derfor kunne få avgjørende betydning for As muligheter til å vinne frem i odelsløsningssak. Landbruksmyndighetene fulgte her opp ombudsmannens anmodning og tok saken opp til klagebehandling.

I foreliggende sak hadde B fått fritak for boplikten frem til 14. april 2002. Den 19. august 2002, dvs. vel fire måneder etter at fristen for å bosette seg gikk ut, søkte B om varig fritak fra boplikten. Foreliggende klagesak synes derfor å være sammenlignbar med saken inntatt i årsmeldingen for 1997. Departementet er også i sitt svarbrev hit 20. oktober 2003 enig i at B hadde misligholdt boplikten på tidspunktet for fremsettelse av fritaksøknaden.

I samsvar med min uttalelse i saken inntatt i årsmeldingen for 1997, finner jeg å måtte konkludere med at As rettsstilling berøres på en slik måte at hun må anses å ha rettslig klageinteresse i den foreliggende saken.

2. Spørsmål om det foreligger rettslig klageinteresse selv om boplikten ikke er misligholdt på søknadstidspunktet

I departementets rundskriv M-29/95 og senere M-5/

2001 heter det at det har ført til avslag på søknad om dispensasjon fra bo- og driveplikt at «søkeren ikke har konkrete planer om bosetting og drift, mens andre odelsrettshavere gir klart uttrykk for slike planer». Under henvisning til dette ble det i saken fra 1997 stilt spørsmål til departementet om det forhold at det ved vurderingen av dispensasjonssøknader legges vekt på hvilke planer de øvrige odelsrettshavere har for eiendommen, kan tale for å gi disse klagerett. Departementet uttalte da at det ikke kunne se at «eventuelle planer øvrige odelsrettshavere måtte ha for eiendommen» kunne gi disse klagerett. I forbindelse med den foreliggende klagesaken har jeg bedt opplyst om departementet opprettholder sitt standpunkt. I svarbrevet hit skriver departementet:

«Departementet mener fortsatt at planene de øvrige odelsberettigede måtte ha for eiendommen ikke kan gi disse klagerett. Spørsmålet er om de odelsberettigede faktisk eller rettslig blir berørt av vedtaket. En kan vanskelig se at manglende muligheter for å oppfylle planen er av en slik faktisk karakter at det gir grunnlag for klagerett.»

Jeg kan ikke se at det er rettslig grunnlag for å reise avgjørende innvendinger mot departementets standpunkt. Hvis søkeren selv ikke har planer om bosetting og drift, mens øvrige odelsrettshavere har slike planer, og dette kan føre til at søknaden avslås, har de øvrige odelsrettshaverne selvsagt en reell interesse i at planene blir kjent. I slike tilfeller må likevel de øvrige odelsrettshavernes (klagernes) interesse sies å være for indirekte og avledet. Som tidligere uttalt herfra, ligger deres interesser i å overta eiendommen ved odelsløsningssak. Dette forutsetter både at fritakssøknaden avslås, boplikten misligholdes og at klagerne vinner frem med odelsløsningskrav/tilbakebetalingskrav etter odelsloven § 28.

Som det fremgår av punkt 1 ovenfor, mener jeg at A må anses å ha rettslig klageinteresse i saken.

Jeg må derfor anmode fylkeslandbruksstyret om å vurdere om det nå er grunnlag for å ta hennes klage opp til klagebehandling. Jeg forutsetter videre at departementet iverksetter nødvendige tiltak for å gjøre landbruksmyndighetene kjent med klageadgangen i saker som den foreliggende.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utviklingen i saken.»

Fylkeslandbruksstyret opphevet etter dette avvisningsvedtakene, og returnerte saken til kommunen for behandling av As klage.

80.

Boplikt på avsidesliggende landbrukseiendom

(Sak 2004–1809)

As søknad om varig fritak fra boplikt hadde blitt endelig avslått av Fylkeslandbruksstyret i Aust-Agder. As advokat hevdet i klagen til ombudsmannen at det var en overvekt av hensyn som talte for varig fritak fra boplikten, og at landbruksmyndighetene ikke hadde foretatt en balansert avveining av de relevante momentene i saken. Han viste bl.a. til at eiendommen trolig er «regionens mest isolerte eiendom» og at det medfører store omkostninger å sette i stand våningshuset til en tidsmessig standard.

Ved ombudsmannens klagebehandling ble det lagt til grunn at bosettingshensynet hadde vært avgjørende for avslaget. Ut fra de faktiske forhold stilte ombudsmannen spørsmål om det var riktig å opprettholde boplikten. Uansett kunne ikke ombudsmannen se at det fra landbruksmyndighetenes side var sannsynliggjort at noen andre ville bosette seg på eiendommen. Ombudsmannen konkluderte med at saken ikke var tilstrekkelig opplyst, og fylkeslandbruksstyret ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Fylkeslandbruksstyret omgjorde senere vedtaket og ga klageren fritak fra boplikten.

A ervervet eiendommen fra sin fars dødsbo i 1995. Eiendommen har vært i slektens eie siden 1780. Eiendommen har et totalareal på 1997 dekar, hvorav 1587 dekar produktiv skog og 410 dekar annet areal. Det er våningshus fra 1778 og driftsbygning fra 1884 på eiendommen. Våningshuset har en grunnflate på 75 m² i 1,5 etasje og er vernet. Det er ikke ordnede kloakkforhold og ikke bad/toalett i boligen. Eiendommen ble sist bebodd av klagerens bestemor, men har stått ubebodd i vel 27 år. Hovedbruket og bygningene ligger i Gjerstad kommune. Avstanden til Gjerstad sentrum er 40 km. Atkomst til eiendommen er gjennom Kragerø, hvor A er bosatt. På grunn av arbeid ukependler A til Oslo. Avstanden mellom boligen i Kragerø og landbrukseiendommen er ca. 25 km. Det er 6,1 km privat atkomstvei fra landbrukseiendommen til offentlig vei.

A hadde tidligere fått utsettelse med boplikten frem til 1. januar 2002. Han søkte i november 2001 om varig fritak fra boplikten etter odelsloven § 27 a. Landbruks- og utmarksutvalget i Gjerstad kommune avsto søknaden. A påklaget vedtaket, men vedtaket ble stadfestet av Fylkeslandbruksstyret i Aust-Agder.

As advokat hevdet i klagen til ombudsmannen at det var en overvekt av hensyn som talte for varig fritak fra boplikten, og at landbruksmyndighetene ikke hadde foretatt en balansert avveining av de relevante momentene i saken. Han fremholdt bl.a. at eiendommen trolig er «regionens mest isolerte eiendom» og at det medfører store omkostninger å sette i stand våningshuset til en tidsmessig standard. Han anførte

videre at det «er lite eller intet som skiller denne eiendommen fra en husløs skogeiendom hensett til de omkostningene som er nødvendig for fast bosetting» og at det derfor er nærliggende å se hen til behandlingen av rene skogeiendommer ved vurderingen av spørsmålet om fritak fra boplikt. Han påpekte også at eiendommens avkastningsevne er svak, og tilsier fritak. Han fremholdt videre at eiendommens størrelse, søkerens tilknytning og livssituasjon tilsier fritak. Når det gjaldt bosettingshensynet, skrev han bl.a.:

«Det må etter mitt skjønn klart kunne fastslås at det ikke er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen. Fast bosetting på denne eiendommen er både praktisk og økonomisk etter omstendighetene irrasjonelt.»

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og fylkeslandbruksstyret ble bedt om å utdype vektleggingen av eiendommens avkastningsevne og hensynet til bosettingen.

I svarbrev, som fylkeslandbruksstyrets flertall hadde sluttet seg til, skrev fylkesmannen bl.a.:

«De viser til at det av sakens dokumenter ikke framgår at avkastningen på eiendommen er beregnet. Vi har i forbindelse med ombudsmannssaken sett nærmere på påregnelig avkastning av landbruksdriften. Hvis vi reduserer oppgitt brutto balansekvantum på 198 kbm til 150 kbm netto, vil dette anslagsvis gi kr. 15.000,- som nettoavkastning ut fra dagens tømmerpriser. Eiendommen har i tillegg avkastningsmuligheter på utmarkssiden i form av jaktrett, forsiktig andyet til kr. 10.000,- pr. år.

Hvis våningshuset skal nyttes som helårsbolig forutsetter dette opprustning til dagens krav. Nye funksjoner som bad, toalett o.s.v. må nok plasseres i et tilbygg for å tilpasses den gamle bygningen. Kulturvernavdelingen i fylkeskommunen mener dette kan løses. Selv om disse kostnadene ut fra det ovennevnte ikke er avgjørende for om det knytter seg boplikt på eiendommen, kan de være relevante for behandlingen av selve fritakssøknaden. Hvor store disse kostnadene vil bli og hvor stor del som skal belastes landbruksdriften, er vanskelig å anslå. Vi vil imidlertid peke på at ved overtakelse av gamle hus er det vanlig med en påkostning/opprustning for å få huset opp til en akseptabel standard, og sett i forhold til skog- og utmarksressursene på eiendommen, har vi sett det slik at dette ikke blir en urimelig kostnad for å oppfylle boplikten.»

Videre skrev fylkesmannen om hensynet til bosettingen:

«Vi har innhentet statistikk for utviklingen av folketallet i de 3 kommunene eiendommen ligger. Gjerstad, hvor hovedbruket og bygningene ligger, har nedgang i folketallet. Det framgår av kommuneplanen at folketallet i kommunen pr. 1.1.2001 var det laveste som er registrert siden midten av 1920-tallet. De siste 20 årene har tilbakegangen vært på 209 personer. SSBs framskrivning av folketallet tyder ifølge kommunepla-

nen på at antall innbyggere vil synke noe fram til 2020. For Risør er situasjonen en noe annen og folketallet har hatt en positiv utvikling gjennom flere år. De to siste årene har likevel folketallet gått litt tilbake. Det er bare en mindre teig av eiendommen som ligger innenfor Kragerø kommune, og Kragerø må i praksis betraktes som en nabokommune.

Det er vanskelig å ha noen sikker formening når det gjelder om det er andre som vil bosette seg på --- dersom eiendommen kommer på salg. Landbrukskontoret i kommunen opplyser imidlertid at de flere ganger pr. år har henvendelse fra personer som er på jakt etter landbrukseiendommer i kommunen for å bosette seg der. Videre har rådmannen opplyst at hvis det blir fast bosetting på eiendommen, vil kommunen legge forholdene til rette for skoleskys. Ellers er det vanskelig å peke på konkrete ting som kommunen har gjort for å legge forholdene til rette nå i forkant.

I Landbruksdepartementets rundskriv M-5/2001 er det sagt at for rene ubebygde skogeiendommer vil eiendommens størrelse og avkastningsevne isolert sett kunne tale for bosetting på eiendommen, men at det for slike eiendommer sjelden vil være ønskelig eller praktisk mulig å bebygge. Vi mener at --- ikke kommer inn under dette punktet i rundskrivet da eiendommen har gårdstun med tidligere bosetting.»

As advokat kom med merknader til fylkeslandbruksstyrets svar. Han fastholdt at samtlige skjønnsmomenter trakk klart i retning av fritak. Når det gjaldt en uttalelse i rundskriv fra Landbruksdepartementet om at dersom bosettingen skal tillegges avgjørende vekt «må det etter en konkret vurdering anses klart at avslag ... i dette tilfellet vil innvirke positivt på bosettingen» viste han til at fylkeslandbruksstyrets eget svar utelukket at dette vilkåret er oppfylt.

Fylkesmannen/fylkeslandbruksstyret kom tilbake til saken og uttalte bl.a.:

«Det er ikke forutsatt en omfattende investering i driftsutstyr som grunnlag for den avkastningsberegningen som er foretatt. Når det gjelder kostnader med opprusting av bolighuset, kan vi ikke se helt bort fra disse i denne sammenheng, men vi mener at dette først og fremst knytter seg til vurderingen av om det skal gis fritak. Dessuten mener vi at søkerens øvrige inntekter også må kunne tas i betraktning når det gjelder opprusting av våningshuset.

Landbruksdirektøren mener at den årlige avkastningen i dette tilfelle vil være et tilskudd av betydning til en families underhold, jf. den ovennevnte høyesterettsdommen fra 1998. Ut fra dette og de naturgitte forutsetningene for landbruksdrift på ---, vurderer vi det slik at eiendommen tilfredsstillt kravet til odelsjord etter odelsloven § 1.

Når det gjelder hvor stor avkastningen må være for at den skal tale for boplikt, er det vanskelig å angi et bestemt beløp. Etter Landbruksdepartementets rundskriv M-5/2001 pkt. 6.4. skal en ikke bare se på evnen til å produsere tradisjonelle landbruksprodukter. Det skal også legges

vekt på hvilken avkastning eiendommen med tiliggende rettigheter kan gi av f. eks. vilt og fisk. Når det gjelder våningshuset vil vi også peke på at søkeren overtok eiendommen på slutten av 1995, og har derfor hatt god tid på seg til vedlikehold og reparasjon. At utgiftene nå blir forholdsvis store, har også sammenheng med at dette arbeidet over tid ikke er fulgt opp. Bruksstørrelsen og avkastningsevnen, som er to av momentene etter odelsloven § 27 a, 2. ledd, mener vi ikke taler for fritak i dette tilfelle.

Det er vanskelig å ha noen sikker formening om det er andre som vil bosette seg på stedet i tilfelle avslag på søknaden om fritak. Vi vil likevel peke på at kommunen opplyser at de hvert år har 2 – 3 henvendelser med forespørsel om landbrukseiendommer på salg for drift og tilflytting. Jordbrukssjefen opplyser videre at eiendommer som blir avertert til salg blir solgt forholdsvis fort.»

As advokat kom med nye merknader. Avslutningsvis bemerket han:

«Det gir ytterst liten mening å forsøke å blåse «liv» i en eiendom som dette. Tiden har på alle måter løpt i fra eiendommen som boplass. En nektelse av å innrømme varig fritak for boplikt beror på at Fylkeslandbruksstyrets flertall (4–3) har lukket øynene for sakens realiteter.»

Fylkeslandbruksstyret kom etter dette ikke tilbake til saken.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Det følger av odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 § 27 første og annet ledd at den som overtar en eiendom på grunnlag av odelsrett, har plikt til å bosette seg på og å drive denne. Hovedbegrunnelsen for bo- og driveplikten er å sikre at landbrukseiendommer i størst mulig grad eies og bebos av brukeren. Begrunnelsen har flere sider, bl.a. hensynet til å holde landbruksareal i hevd og hensynet til en kostnadseffektiv drift. Videre anses boplikten å være et grunnleggende prinsipp for å opprettholde bosettingen på eiendommen og i området.

Den lovbestemte boplikten etter odelsloven oppstår bare ved overtakelse av landbrukseiendom. Dette fremgår av odelslovens krav til odlingsjord. I henhold til odelsloven § 1 må eiendom som det kan hevdes odell på kunne brukes til «landbruksdrift» og ha en viss størrelse. Kravet til størrelse går frem av odelsloven § 2 som lyder slik:

«Ein eigeendom blir rekna som odlingsjord når anten jordbruksarealet er minst 20 dekar, eller det høyrer til så mykje anna areal, rettar og lunende at den produksjonsmessige verdi tilsvarar minst 20 dekar jordbruksareal.

Ein eigeendom der jordbruksarealet er under 5 dekar er likevel aldri odlingsjord. Det same gjeld ein rein skogeigeendom der det produktive arealet er under 100 dekar.»

Ifølge opplysningene i saken, består As eiendom av totalt 1997 dekar, hvorav 1587 dekar produktiv skog. Kravet til størrelse i odelsloven § 2 synes derfor å være oppfylt.

Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 2002 s. 112 om vilkåret «kan nyttast til landbruksdrift» i odelsloven § 1, uttalt at det ikke kan stilles opp noe minstekrav til avkastning, men at det er klart at størrelsen av det tilskuddet driften kan ventes å gi, må tillegges betydning ved vurderingen av om det er påregnelig at noen vil erverve eiendommen for å drive jordbruk/skogbruk. Fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn at eiendommen gir et årlig inntjeningspotensial på minst kr. 25 000,-. Under henvisning til en høyesterettsdom fra 1998 er det konkludert med at den årlige avkastningen vil være et tilskudd av betydning til en families underhold og at eiendommen tilfredsstiller kravet til odelsjord etter odelsloven § 1.

Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at det er grunnlag for å reise rettslige innvendinger når det gjelder vurderingen av om lovvilket «nyttast til landbruksdrift» i odelsloven § 1 er oppfylt i den foreliggende saken.

Etter odelsloven § 27 a kan det i enkelttilfelle og etter søknad gis fritak fra bo- og driveplikten. Odelsloven § 27 a første og annet ledd lyder slik:

«Departementet kan etter søknad gi fritak frå bo- og driveplikta etter § 27 anten heilt ut eller for ei viss tid.

Ved avgjerd av søknad om fritak frå boplikta 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».

Spørsmålet om det skal gis fritak fra boplikten vil etter dette bero på en bred skjønnsmessig og til dels landbruksfaglig vurdering av forholdene i den enkelte saken.

Ombudsmannens adgang til å overprøve skjønnsmessige avgjørelser er begrenset til tilfeller der det hefter feil ved skjønnet. Dette vil være tilfelle der det er tatt utenforliggende eller usaklige hensyn, eller der avveiningen av de ulike momentene det skal legges vekt på har vært vilkårlig eller resultatet i saken fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Gjennomgangen av saken her vil derfor måtte begrense seg til en undersøkelse av om det på en forsvarelig måte har vært tatt hensyn til de forhold loven gir anvisning på.

Landbruksmyndighetene har ikke funnet at klagerens livssituasjon, klagerens tilknytning til eiendommen eller husforholdene gir grunnlag for ytterligere utsettelse med boplikten. Som påpekt fra landbruksmyndighetenes side skal det i første rekke leg-

ges vekt på tilknytning til eiendommen når søker selv er født og oppvokst på gården. Jeg kan heller ikke se at det kan reises innvendinger i forhold til standpunktet om at klagerens livssituasjon ikke taler for varig fritak i den foreliggende saken. Når det gjelder husforholdene, synes det å være enighet om at disse ikke har en tidsmessig standard. Våningshuset er fra 1778 og har ikke bad/toalett. Selv om et hus trenger store påkostninger for å tilfredsstillende standard til en helårsbolig, vil dette normalt ikke alene være tilstrekkelig til å gi varige fritak fra boplikten. Slik saken er opplyst, synes det heller ikke å være grunnlag for å regne eiendommen som en ubebygd skogseiendom.

Som det fremgår foran, har eiendommen et areal på 1587 dekar produktiv skog, og fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn at eiendommen lett vil gi en årlig avkastning på kr. 25.000,- uten omfattende investeringer i driftsutstyr. Etter det jeg kan se, har fylkeslandbruksstyret uttalt at både eiendommens størrelse og avkastningsevne taler for avslag på søknaden om fritak fra boplikten. Landbruksmyndighetene har imidlertid også lagt til grunn at det ikke er nødvendig for driften av eiendommen at boplikten opprettholdes. Etter min mening kan det da reises spørsmål om eiendommens størrelse og avkastningsevne er relevante momenter ved vurderingen av fritakssøknaden i den foreliggende saken.

Når hensynet til driften av eiendommen, herunder hensynet til en kostnadseffektiv drift, ikke er avhengig av bosetting i den foreliggende saken, finner jeg å måtte legge til grunn at det i realiteten er bosettingshensynet som er avgjørende for at klageren ikke gis fritak fra boplikten.

Det fremgår av opplysningene at det har vært nedgang i befolkningstallet i Gjerstad kommune. Fra kommunens side er det opplyst at den årlig får 2 – 3 henvendelser fra personer som er på jakt etter landbrukseiendommer i kommunen for å bosette seg der. Jeg har forståelse for at disse forholdene tilsier en streng praksis i kommunen i forhold til å innvilge varige fritak fra boplikten. Etter lovendringen i 2001 skal det også legges «særleg vekt» på bosettingshensynet. Det må likevel vurderes konkret om det er riktig å opprettholde boplikten for det enkelte bruk. Når det gjelder bosettingshensynet fremgår det også av rundskriv M-5/2001 (som gjaldt på tidspunktet for klagebehandlingen) at det er av betydning om den aktuelle eiendommen «ligger i et område der en ønsker å styrke eller opprettholde bosettingen». Fra rundskrivet siteres videre:

«Det vil for eksempel være av interesse om kommunen aktivt har lagt forholdene til rette for fast bosetting på eiendommen eller i området der den ligger.»

Om bosettingshensynet heter det videre i rundskrivet:

«Skal hensynet til bosettingen tillegges avgjørende vekt, må det etter en konkret vurdering anses klart at avslag på søknaden om fritak fra boplikt i dette tilfellet vil innvirke positivt på bosettingen.»

Som nevnt, har kommunen vist til at den hvert år har fått 2 – 3 henvendelser med forespørsel om landbrukseiendommer for drift og tilflytting, og at eiendommer som blir avertert til salg blir solgt forholdsvis fort. Jeg kan imidlertid ikke se at det fra landbruksmyndighetenes side er vurdert/sannsynliggjort om/at det er realistisk at noen vil bosette seg på den foreliggende eiendommen.

I klagebrevet hit er det vist til at eiendommen har 6,1 km privat atkomstvei fra offentlig vei, og at det langs denne veien kun er én annen bebodd eiendom. Klageren er alene om vedlikehold og brøyting de siste 3,3 kilometrene. Videre fremgår det at avstanden til Gjerstad sentrum, skolen og nærmeste nabo i Gjerstad kommune er henholdsvis 40 km, 35 km og 30 km. Det finnes imidlertid nærmere naboer (ca 3 km fra), men disse er bosatt i Kragerø kommune. Ut fra disse faktiske forholdene synes det å være grunn til å reise spørsmål om det er realistisk at det er noen som vil ta eiendommen i bruk som helårsbolig. Ut fra sakens opplysninger, forstår jeg det også slik at eiendommen har stått ubebodd de siste 27 årene. Ved vurderingen av om det er realistisk at noen vil bosette seg på eiendommen må det også vektlegges at eiendommen mangler tidsmessig bebyggelse og at det vil påløpe relativt store omkostninger for å få en tidsmessig bebyggelse, at eiendommen har et relativt begrenset ressursgrunnlag samt at avkastningen er forholdsvis lav.

Ut fra de faktiske forholdene i den foreliggende saken, finner jeg grunn til å stille spørsmål om det er riktig å opprettholde boplikten på en eiendom som den foreliggende. Saken synes i alle fall ikke å være tilstrekkelig opplyst når det gjelder spørsmålet om avslag på fritakssøknaden vil innvirke positivt på bosettingen.

Jeg må etter dette be om at fylkeslandbruksstyret vurderer saken på nytt.

Jeg ber om å bli holdt underrettet om sakens utvikling».

Fylkeslandbruksstyret omgjorde senere vedtaket og ga A varig fritak fra boplikten.

81.

Konsesjonsvilkår om bosetting

(Sak 2004–1689)

A og B (klagerne) henvendte seg til ombudsmannen i forbindelse med et vedtak truffet av Statens landbruksforvaltning (SLF) der konsesjonsvilkår om bosetting på en eiendom – fastsatt etter § 9 i konse-

sjonsloven av 1974 – ble stadfestet. De anførte bl.a. at eiendommen ikke er å anse som en landbrukseiendom og at bestemmelsen i konsesjonsloven § 8 derfor ikke kommer til anvendelse. De anførte videre at det var urimelig å sette vilkår om boplikt bl.a. fordi kommunen ikke hadde innført «nullkonsesjonsgrense».

Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å reise rettslige innvendinger mot vedtaket. Ombudsmannen la bl.a. til grunn at det kan stilles vilkår om boplikt selv om en eiendom ikke kan karakteriseres som «jord- og skogbrukseiendom» i forhold til konsesjonsloven § 6. Det er heller ikke avgjørende om kommunen har innført «nullkonsesjonsgrense». Selv om våningshuset var i dårlig forfatning og jordbruksdrift ikke var økonomisk forsvarlig, fant ikke ombudsmannen grunnlag for å underkjenne vilkåret om bosetting som uforholdsmessig tyngende. Ombudsmannen uttalte seg også om forholdet til Ospeltdommen avsagt av EF-domstolen.

A hadde kjøpt en eiendom på tvangsauksjon. Eiendommen består av i alt 191 dekar, hvorav 9 dekar fulldyrket jord, 12 dekar overflatedyrket/gjødsette bite, 160 dekar skog og 10 dekar annet areal. I tillegg har eiendommen andel i et sameie på fjellet. Det er dårlig bolighus og middels god driftsbygning på eiendommen. I tillegg er det bl.a. naust, hønsehus, verksted/garasje og kai på eiendommen.

A søkte i november 2000 om konsesjon. I søknaden opplyste han at planen «er at underteikna og familien skal tilflytta eignedomen». Han ba imidlertid om utsettelse med å tilflytte eiendommen inntil fristen for odelsløsning var ute.

Kommunen tilrådte at A fikk konsesjon bl.a. på vilkår om at han og familien bosatte seg på eiendommen. Fylkeslandbruksstyret i Hordaland ga konsesjon på vilkår av at A «buset seg på eignedomen innen eitt år etter overtakinga og at han deretter bur på eignedomen og driv denne forsvarleg som landbruks-eigedom i minst 5 år i samanheng».

Fylkesmannen endret senere vedtaket til også å gjelde en annen eiendom og at As samboer B ble gitt konsesjon på tilsvarende vilkår som A.

A og B søkte i april 2001 om varig fritak fra bo- og driveplikten (endring av konsesjonsvilkåret). I søknaden ble det opplyst at bygningene var dårligere enn de hadde regnet med og at eiendommen ikke ville kunne gi noe tilskudd. De opplyste også at konsesjonssøknaden på grunn av overtakelsesmåten (tvangsauksjon) var skrevet før de fikk kontrollert eiendommen.

Fylkeslandbruksstyret opprettholdt vilkåret om bo- og driveplikt, og A og B klagde på vedtaket. Ved SLFs klagebehandling ble bosettingsvilkåret stadfestet. Vilåret om driveplikt ble imidlertid lempet slik at det ble satt vilkår om at jorda «vert drive på forsvarleg måte ved bortleige»

A og B brakte saken inn for ombudsmannen. De

anførte bl.a. at eiendommen ikke er å anse som en landbrukseiendom og at bestemmelsen i konsesjonsloven § 8 derfor ikke kommer til anvendelse. De påpekte videre at det bare var eiendommen som boplass som grunnga konsesjonsvilkår, og at eiendommen derfor ikke skilte seg fra andre boplasser i kommunen, også de med areal under 20 dekar. De mente at det var urimelig å sette vilkår om boplikt på eiendommen. Det ble bl.a. vist til at kommunen ikke hadde innført nullkonsesjonsgrense, at eiendommen ligger i et område der kommunen legger til rette for fritidsboliger samtidig som det er «fritt fram» å kjøpe tidligere helårsboliger i sentrum til fritidsformål.

I brev herfra ble det bedt om SLFs kommentarer. Fra SLFs svarbrev siteres:

«En er videre av den oppfatning at praksis om hva som skal anses som en jord- og skogbrukseiendom i konsesjonsloven § 6 nr. 1 og hva som anses som odlingsjord, jf odelsloven §§ 1 og 2, ikke har noen sentral plass i forhold til adgangen til å stille vilkår om bosetting etter konsesjonsloven § 9, jf § 1. Uavhengig av om eiendommen vurderes å være en landbrukseiendom eller ikke følger det av konsesjonslovens formål at hensynet til bosettingen er et lovlig og relevant hensyn, jf konsesjonsloven § 1 nr 5. Det er ønsket om å ivareta dette hensynet som er det sentrale i saken. Når eiendommen, som her, har liten betydning som landbruk vil den rettslige forankringen av bosettingshensynet i større grad være konsesjonslovens formål, men en mener det også er relevant å legge vekt på jordlovens formål.

Når det kan stilles spørsmål ved om eiendommen vil kunne gi grunnlag for regningssvarende drift vil det være bostedsfunksjonen som er det sentrale. Vilkår om bosetting er videre av mindre betydning for å sikre en forsvarlig drift av eiendommen. Generelt i saker som dette er det i tillegg relevant å peke på hensynet til å opprettholde og bevare kulturlandskapet, jf jordloven § 1.

Det forhold at --- kommune ikke har innført «nullkonsesjonsgrense» innebærer at kommunen har begrenset mulighet til å forhindre at bebygd eiendom ikke større enn 20 daa som har vært i bruk som helårsbolig blir omsatt som og tatt i bruk som fritidsbolig. Statens landbruksforvaltning mener dette ikke innskrenker adgangen til å sette konsesjonsvilkår som i vesentligste grad er begrunnet med bosettingsmessige hensyn. Vurderingen av vilkår må skje på vanlig måte med utgangspunkt i konsesjonsloven § 9, jf § 1 og § 8 for så vidt gjelder landbrukseiendommer. Denne rettsoppfatning er lagt til grunn i forvaltningspraksis.»

Klagerne kom med omfattende merknader til SLFs svarbrev. Under henvisning til Ospeltdommen 23. september 2003 fra EF-domstolen hevdet de også at vilkår om bo- og driveplikt er i strid med internasjonale avtaler Norge har sluttet seg til. De fastholdt også at virkemidlet bo- og driveplikt er ulovlig og utenfor konsesjonsloven § 9, jf. § 1, så langt det ikke gjelder «jord- og skogbrukseiendommer» og så

lenge kommunen ikke har innført nullkonsesjonsgrense.

SLF kom tilbake til saken, og uttalte bl.a. at eiendommen måtte anses «som en liten landbrukseiendom». SLF erkjente videre at det i vurderingen av om vilkår om bosetting vil være urimelig eller uforholdsmessig tyngende, er av betydning om det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen. SLF viste herunder bl.a. til kopi av kommunens svarbrev på en forespørsel om gårdsbruk samt en foretatt undersøkelse om interesse for gårdskjøp. Det ble også vist til at det hadde vært flere budgivere til denne konsesjonseiendommen.

Klagerne kom i nytt brev med ytterligere merknader, – først og fremst i forhold til dommen fra EF-domstolen.

SLF kom tilbake til saken, og skrev bl.a. om interessen for eiendommen:

«I tilknytning til spørsmålet om interessen for eiendommen med tanke på tilflytting viser en til fylkeslandbruksstyrets møtebok i klagegangen og etterfølgende muntlig bekreftelse av denne fremstillingen fra den aktuelle interessenten, jf brev herfra 13.11.2003. Det var i tillegg en annen interessent til eiendommen. Statens landbruksforvaltning er ellers ikke enig med klager i at andres interesse for eiendommen er uvesentlig. Det må antas at interessen for eiendommen med tanke på bosetting har hatt sammenheng med at det synes å være reell mulighet for å kunne skaffe seg arbeid i akseptabel avstand fra eiendommen.»

Klagerne kom med tilleggsmerknader til saken. Brevet ble oversendt SLF, som ikke hadde ytterligere kommentarer.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg bl.a. følgende merknader:

«Ny konsesjonslov av 28. november 2003 trådte i kraft 1. januar 2004. Foreliggende sak ble imidlertid klagebehandlet av SLF før dette tidspunkt, og bestemmelsene i konsesjonsloven av 31. mai 1974 kommer derfor til anvendelse.

Det følger av konsesjonsloven fra 1974 § 2 at fast eiendom, med de unntakene som følger av loven, ikke kan erverves uten konsesjon. Bestemmelsen i § 9 lyder slik:

«Konsesjon etter denne lov kan gis på slike vilkår som i hvert enkelt tilfelle finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme. Det kan lempes på vilkårene etter søknad.»

Ifølge § 9 kan det for konsesjon ved erverv av eiendom settes slike vilkår som «finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme». Det følger videre av § 1 at lovens formål er «å regulere og kontrollere omsetningen av fast eiendom for å oppnå et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer og slike eier- og bruksforhold som er mest gunnlige for

samfunnet». Det er videre lagt til grunn i formålsbestemmelsen at bl.a. «hensynet til bosettingen» skal tilgodeses.

En materiell skranke for de vilkår som settes etter konsesjonsloven § 9 vil etter dette være at vilkårene må være egnet til å fremme konsesjonslovens formål. For øvrig må det være overlatt til konsesjonsmyndighetenes skjønn å avgjøre hvilke vilkår det er påkrevd å sette i forbindelse med et konkret eiendomserverv. I tillegg til de begrensninger i adgangen til å stille vilkår ut fra konsesjonslovens formålsbestemmelse og læren om myndighetsmisbruk, vil konsesjonsmyndighetene ikke kunne sette vilkår som i den konkrete sak virker uforholdsmessig tyngende overfor konsesjonssøker i forhold til det som søkes oppnådd med vilkårene.

Det synes å være klart at konsesjonsloven § 9 i utgangspunktet gir konsesjonsmyndighetene adgang til å stille vilkår som etter sin art går ut på bosetting på konsesjonseiendommen. Spørsmål om hvilke vilkår som skal stilles må imidlertid avgjøres konkret ut fra forholdene i den enkelte sak.

Kan det stilles konsesjonsvilkår om bosetting i den foreliggende saken?

I SLFs klagevedtak er det lagt til grunn at saken må vurderes med utgangspunkt i konsesjonsloven § 9. I klagevedtaket er det videre henvist til konsesjonsloven §§ 1 og 8 samt jordloven § 1.

Konsesjonsloven § 8 har overskriften «særlige forhold for landbrukseiendommer». Det fremgår videre av bestemmelsen at det ved avgjørelsen av søknad om tillatelse til erverv av eiendom «som skal nyttes til landbruksformål» særlig skal tas hensyn til formålet med jordloven og bl.a. til «om erververen vil ta fast bopel på eiendommen for selv å drive den».

Det er i saken bl.a. reist spørsmål om begrepet «landbrukseiendom» i lovens § 8 har noe eget rettslig innhold. SLF har i brev hit 13. august 2003 bemerket at begrepet ikke er gitt noe klart og entydig innhold, og at det må foretas en konkret og helhetlig vurdering som vil variere ut fra sammenhengen. I rundskriv M-4/2001 side 14 er det også lagt til grunn at det ikke knytter seg rettsvirkninger til begrepet landbrukseiendom. Videre heter det i rundskrivet:

«En bruker av praktiske grunner begrepet som fellesbetegnelse for eiendommer der det kan drives landbruk, eller utmarksressurser som til vanlig er brukt i forbindelse med landbruksnæringen. Hvor stort arealet må være for at det kan kalles landbrukseiendom varierer etter hvilke lover en knytter vurderingen til. Begrepet er her knyttet til konsesjonsloven, og det er i dette rundskrivet brukt en vid tolkning av landbruksressurser ved avgrensningen.»

Klagerne har påpekt at eiendommen ikke «skal» nyttes til landbruksformål og at vilkåret om boset-

ting heller ikke er begrunnet i hensynet til at jordressursene best blir ivaretatt på denne måten. Etter deres mening skulle derfor konsesjonsmyndighetene sett bort fra bestemmelsen i konsesjonsloven § 8. Det avgjørende for vurderingen skulle vært om bosetting er et rimelig vilkår etter konsesjonsloven § 9, jf. § 7 og om bosetting i dette tilfellet ligger innenfor formålet med konsesjonsloven.

Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene. Jeg har imidlertid merket meg at SLF i brev 13. november 2003 har uttalt at den foreliggende konsesjonseiendommen må anses som «en liten landbrukseiendom». Jeg legger til grunn at det er konsesjonsloven § 9 som har vært sentral ved SLFs vurdering. Jeg legger videre til grunn at det fra konsesjonsmyndighetenes side er erkjent at det kan stilles spørsmål om eiendommen vil kunne gi grunnlag for regningssvarende drift, og at det er bosettingshensynet som har vært avgjørende for vilkåret om bosetting. Hvorvidt eiendommen kan karakteriseres som en «landbrukseiendom» i henhold til konsesjonsloven § 8 synes uansett ikke å ha vært avgjørende.

Den lovbestemte boplikten etter konsesjonsloven og odelsloven er knyttet til begrepene «jord- og skogbrukseiendom» og «nyttast til landbruksdrift», jf. konsesjonsloven § 6 første ledd nr. 1 og odelsloven § 1. Fra klagerens side er det anført at eiendommen på grunn av sin størrelse og avkastning ikke er å anse som en «jord- og skogbrukseiendom» i henhold til konsesjonslovens § 6, og at det derfor ikke kan stilles vilkår om bosetting i et tilfelle som det foreliggende hvor kommunen ikke har innført «nullkonsesjonsgrense». Klageren har bl.a. henvist til en tidligere ombudsmannssak, (sak 1998/744 – inntatt i årsmeldingen for 1999 side 298) vedrørende dispensasjon fra den lovbestemte boplikten etter konsesjonsloven § 6 første ledd nr. 1. I den saken uttalte jeg at når landbruksarealets størrelse ligger på grensen av det som etter praksis kan anses som en «jord- og skogbrukseiendom», er det både ved spørsmålet om eiendommen er en «jord- og skogbrukseiendom» etter konsesjonsloven og om det skal gis fritak fra boplikten, viktig å klargjøre om det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet der på en regningsvarende måte. Spørsmålet om en eiendom kan «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1, har vært oppe i flere høyesterettsdommer de siste årene, jf. Rt. 1998 s. 450, Rt. 2000 s. 1634, Rt. 2001 s. 561 og Rt. 2002 s. 112. Høyesterett har bl.a. lagt til grunn at lovvilket medfører at de naturgitte og økonomiske muligheter for landbruksdrift må være til stede, og at det må fremstå som realistisk at noen kan være interessert i å drive landbruk på eiendommen med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen.

Som nevnt har SLF uttalt i brev 13. november 2003 at den mener at foreliggende konsesjonseiendom må anses som «en liten landbrukseiendom». Jeg forstår det imidlertid slik at SLF ikke har tatt

stilling til om eiendommen er å anse som en «jord- og skogbrukseiendom» i henhold til konsesjonsloven § 6 første ledd nr. 1.

Jeg legger til grunn at SLFs standpunkt er at det er adgang til å stille vilkår om bosetting på en eiendom selv om den ikke kan karakteriseres som «jord- og skogbrukseiendom». Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å reise innvendinger mot dette standpunktet. I utgangspunktet er alle eiendommer – også de som ikke kan karakteriseres som «landbrukseiendommer» – omfattet av konsesjonsloven. Konsesjonsloven § 9, som gir hjemmel for å sette vilkår, kan i likhet med § 7 ikke sies å være begrenset til bare å gjelde for landbrukseiendommer. Som foran nevnt, fremgår det av formålsbestemmelsen i § 1 at hensynet til bosetting er et lovlig og relevant hensyn. I utgangspunktet synes derfor loven å åpne for at det kan stilles vilkår om boplikt på enhver konsesjonseiendom, uavhengig av om den kan karakteriseres som en «landbrukseiendom» eller en «jord- og skogbrukseiendom». Jeg er således enig med SLF at praksis om hva som skal anses som en jord- og skogbrukseiendom i konsesjonsloven § 6 første ledd nr. 1 og hva som anses som odlingsjord, jf. odelsloven §§ 1 og 2 ikke har noen sentral plass i forhold til adgangen til å sette vilkår om bosetting etter konsesjonsloven § 9.

Som påpekt fra klagernes side, kan det imidlertid oppstå tilfeller hvor det er avgjørende for adgangen til å pålegge boplikt om overtakeren er «av bondelekt eller ikkje». I henhold til § 6 første ledd nr. 1 i konsesjonsloven fra 1974 er overdragelse til nærmere bestemte slektninger konsesjonsfrie. For «jord- og skogbrukseiendommer» over 20 dekar er imidlertid konsesjonsfriheten i disse tilfeller betinget av bl.a. boplikt. Dersom det legges til grunn at foreliggende eiendom ut fra dens avkastning m.v. ikke kan regnes som en «jord- og skogbrukseiendom», vil det derfor ikke foreligge boplikt etter konsesjonsloven § 6. For erververe som er avhengig av konsesjon, vil det imidlertid kunne settes konsesjonsvilkår om bosetting etter lovens § 9. Selv om den lovbestemte boplikten er knyttet til begrepet «jord- og skogbrukseiendommer», kan jeg – i likhet med SLF – ikke se at dette medfører at konsesjonsmyndighetene skulle være avskåret fra å sette konsesjonsvilkår om bosetting på eiendommer fra 20 dekar og opp til det som i den enkelte sak blir vurdert som «jord- og skogbrukseiendom».

Fra klagernes side er det videre anført at kommunen ikke har innført «nullkonsesjonsgrense», og at det derfor ikke er adgang til å sette vilkår om boplikt i de tilfeller hvor konsesjonseiendommer ikke er så store at de ville kommet inn under den lovfestede boplikten. Jeg har en viss forståelse for at klagerne føler det urimelig at det ut fra bosettingshensyn settes konsesjonsvilkår om bosetting i hans sak hvor våningshuset krever omfattende påkostninger, mens kommunen ikke har innført nullkonsesjonsgrense

slik at den kan hindre at andre eiendommer med atskillig bedre bolighus ikke tas i bruk som fritidsbolig. Jeg kan imidlertid heller ikke se at denne anbeførelsen kan føre frem. Som også SLF har vært inne på, er det et politisk spørsmål om den enkelte kommune skal innføre nullkonsesjonsgrense. Selv om dette ikke er gjort, kan ikke kommunen være avskåret fra å stille konsesjonsvilkår om bosetting for større eiendommer selv om vilkåret kun er begrunnet i bosettingshensyn. Det må også legges til grunn at eiendommens størrelse kan være et relevant moment i vurderingen av om det skal stilles bosettingsvilkår.

Som nevnt foran, fremgår det av lovens § 9 at det er avgjørende for å stille vilkår om bosetting at slikt vilkår «finnes påkrevd». Det er bl.a. i lovforarbeidene gitt uttrykk for at det generelt er ønskelig å opprettholde bosettingen på små landbrukseiendommer. I kommunens saksfremstilling er det vist til at kommunen har nedgang i folketallet. Som konsesjonsmyndighetene har lagt til grunn vil det være av betydning for å kunne stille vilkår om boplikt i den foreliggende saken om det er påregnelig at andre vil bosette seg på eiendommen. Slik saken er opplyst, synes det å være sannsynliggjort i tilstrekkelig grad fra forvaltningens side at dette er tilfelle. Det vises herunder bl.a. til at det var flere budgivere på eiendommen og at kommunen i ettertid også har fått skriftlig forespørsel om ledige landbrukseiendommer.

Slik saken fremstår, kan jeg etter dette ikke se at jeg har grunnlag for å reise rettslige innvendinger når det gjelder konsesjonsvilkåret om bosetting. Selv om våningshuset er i dårlig forfatning, og landbruksforvaltningen selv mener at jordbruksdrift ikke er økonomisk forsvarlig, kan jeg likevel ikke se at det er rettslig grunnlag for å konkludere med at vilkåret om bosetting må underkjennes som uforholdsmessig tyngende i dette tilfelle. Etter det som foreligger, har jeg kommet til at jeg ikke har grunnlag for å karakterisere avgjørelsen som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10 annet ledd.

Forholdet til Ospeltdommen

Klagerne har videre anført at vilkåret om bo- og driveplikt er i strid med en avgjørelse i EF-domstolen 23. september 2003, – Ospeltdommen. SLF har i brev hit 13. november 2003 vist til at dommens betydning er vurdert av Landbruksdepartementet i brev 22. oktober 2003 til Stortinget. I brevet konkluderer departementet med at det er mulig å opprettholde en personlig boplikt med de samme reglene som i dag, men at praktiseringen av reglene må endres slik at det må legges større vekt på en individuell vurdering av om det skal fastsettes vilkår om personlig boplikt. I rundskriv M-5/2003 til den nye konsesjonsloven, er det for øvrig nedfelt nærmere retningslinjer for denne vurderingen.

Jeg har ikke funnet grunnlag for å gå videre med saken på dette punkt. Etter det jeg kan se, er det ikke noe grenseoverskridende element i den foreliggende saken. Saken synes å være et rent internt nasjonalt anliggende, jf. at konsesjonssøkeren bor i Norge og eiendommen ligger i Norge. EØS-retten synes etter dette ikke å legge slike begrensninger på myndighetsutøvelsen i denne saken at konsesjonsvilkåret er ulovlig. I den grad EØS-reglene likevel skulle legges til grunn i et ellers internt anliggende, ville neppe et vilkår om bosetting i en sak som denne være i strid med det vern Ospelt-dommen gir for å sikre fri bevegelse av kapital.»

Reindrift

82.

Avslag på søknad om rovvilterstatning for tap av tamrein – bopelskrav

(Sak 2004–2426)

En svensk statsborger, A, drev lovlig reindrift i Norge. Han søkte om erstatning for tap av tamrein tatt av rovvilt i driftsåret 2002/2003. Søknaden ble avslått under henvisning til at han ikke hadde fast bopel i Norge i søknadsåret. A hadde søkt folkeregisteret om endring av bostedsadresse fra Sverige til Norge både i 2001 og 2002, men fått avslag. Først ved Skattedirektoratets klagevedtak i mars 2004, etter at A's yngste datter flyttet hjemmefra med den konsekvens at tidligere felles hjem kunne anses oppløst, ble A registrert som bosatt i X kommune med virkning fra 29. september 2003.

Saken ble forelagt Direktoratet for naturforvaltning, blant annet med spørsmål om en nærmere redegjørelse for innholdet i begrepet «fast bopel» i rovvilterstatningsforskriften. Direktoratet svarte i brev til ombudsmannen at det på bakgrunn av ombudsmannens henvendelse hadde vurdert saken på nytt, og konkludert med at reelle hensyn tilsa at A burde få prøvet sin rett til erstatning etter det norske regelverket.

A's ektefelle B klaget, på vegne av sin mann, til ombudsmannen over avslag om erstatning for driftsåret 2002/2003. I klagen fremholdt B blant annet at «[v]i driver lovlig reindrift i Norge i medhold av reindriftsloven, men blir nektet å få realitetsbehandlet vår rettmessige søknad om erstatning fordi regelverket for folkeregisteret ikke har gitt oss mulighet til å oppfylle kravene før nå». B hevdet at det forelå «uoverensstemmelse mellom kravene i folkeregistreringsforskriftene og forskriften om erstatning», som ikke gjorde det «praktisk mulig for oss å få innvilget bostedsadresse i Norge før nå». Hun mente at «regelverket virker svært urimelig i forhold til vår

situasjon, og kan ikke godta at vi ikke er berettiget erstatning».

Jeg hadde tidligere behandlet en klage fra ektefellene over avslag om erstatning for driftsåret 2000/2001. I den forbindelse ga jeg i brev til Miljøverndepartementet 18. februar 2003 uttrykk for at adgangen til å dispensere etter erstatningsreglene av 21. mars 1997 også omfattet bostedskravet. Jeg pekte videre bl.a. på at det, sett hen til at klagerne hadde utøvd lovlig reindrift i Norge i det aktuelle driftsåret og oppholdt seg i Norge det meste av driftsåret, syntes lite rimelig å oppstille et formelt krav om registrert bostedsadresse i Norge. For øvrig syntes klagerne å falle utenfor både den norske og svenske erstatningsordningen. Miljødepartementet bestemte deretter at søknaden om erstatning for driftsåret 2000/2001 skulle behandles, men opplyste i brev til ombudsmannen at det etter nye regler av 4. mai 2001 ikke lenger er mulig å dispensere fra kravet til fast bopel i Norge. Søknad om erstatning for 2000/2001 og senere søknad for 2001/2002 ble etter det opplyst innvilget.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken om avslaget av søknaden for driftsåret 2002/2003 nærmere med Direktoratet for naturforvaltning. Fra foreleggelsen siteres:

«1. Det fremgår av rovviltserstatningsforskriften § 3 annet ledd bokstav b at det ikke ytes erstatning når driftsenhetens innehaver «ikke har fast bopel i Norge». Direktoratet bes innledningsvis redegjøre for det nærmere innholdet i kravet til «fast bopel» i Norge, herunder gi sitt syn på om bostedskravet kun vil være oppfylt fra det tidspunkt driftsenhetens innehaver *formelt* er registrert i folkeregisteret eller om det avgjørende for vurderingen etter rovviltserstatningsforskriften, uavhengig av formell registrering, vil være hvor vedkommende *skal regnes som bosatt* etter forskrift om folkeregistrering 4. mars 1994 nr. 161 § 2, jf. § 1 tredje ledd.

2. Dersom direktoratet skulle mene at bopelkravet kun vil være oppfylt fra det tidspunkt driftsenhetens innehaver formelt er registrert i folkeregisteret, bes det om en utdypende begrunnelse for dette standpunktet. Det bes i så fall opplyst hvordan standpunktet samsvarer med ordlyden i rovviltserstatningsforskriften § 3 annet ledd bokstav b og formålet med erstatningsordningen. Det bes da også opplyst hvilken betydning det eventuelt har at A gjennom flere år synes å ha forsøkt å melde flytting.

3. Dersom direktoratet derimot anser vurderingskriteriene i folkeregisterforskriften § 2 som det avgjørende hvor vedkommende skal regnes som bosatt, uavhengig av formell registrering, bes det opplyst om direktoratet har vurdert om de faktiske forholdene knyttet til oppløsningen av det «felles hjem» som Skattedirektoratet la til grunn i vedtaket 15. mars 2004, også gjorde seg gjeldende for driftsåret 2002/2003. Hvis direktoratet ikke har foretatt denne vurderingen tidligere, bes direktoratet i svarbrevet hit gi sitt syn på hvor A måtte «regnes som bosatt» i driftsåret 2002/2003, samt angi hvilken betydning dette eventuelt har for A's rett til rovviltserstatning.

4. Dersom direktoratet skulle fastholde at A i driftsåret 2002/2003 uansett ikke oppfylte bopelkravet i rovviltserstatningsforskriften § 3 annet ledd bokstav b, bes direktoratet, sett i lys av det som fremgår av ombudsmannens brev 18. februar 2003 til Miljøverndepartementet (vedlagt), gi sitt syn på om et krav til fast bopel i Norge i det hele tatt kan gjøres gjeldende overfor A. Det vises i denne forbindelse til Fylkesmannen i Nordlands brev 18. desember 2003 til direktoratet, der følgende fremgår:

«Formålet med kravet i § 3 til fast bopel er å sikre en klar deling av ansvaret i erstatningssaker mellom Norge og Sverige. Driftsenheten til A/B kommer ikke inn under den svenske erstatningsordningen. De er innehaver av en norsk driftsenhet og utøver lovlig reindrift i Norge i samsvar med reindriftingslovens bestemmelser. I dette tilfellet slår derfor kravet i § 3 uheldig ut slik Fylkesmannen ser det.»

Direktoratet for naturforvaltning svarte følgende på ombudsmannens henvendelse:

«Direktoratet konstaterer at alle faktiske opplysninger som foreligger i saken er korrekte. Denne reindriftingsutøveren har i driftsåret 2002/2003 ikke rett til erstatning for tap etter svensk regelverk. Søkeren fikk heller ikke realitetsbehandlet søknaden etter norsk regelverk. På grunn av kravet til fast bopel i Norge ble søknaden avslått av Fylkesmannen i Nordland, og avslaget ble opprettholdt av direktoratet.

Direktoratet for naturforvaltning har på bakgrunn av Sivilombudsmannens brev vurdert saken grundig på nytt. Vi har herunder konferert med svenske myndigheter, Rennæringsenheten i Fjellforvaltningen under Lensstyrelsen for Lappland, om praktiseringen av regelverket i Norge og Sverige i en særskilt type sak som denne. Vi har videre vurdert de anførsler som Sivilombudsmannen har kommet med, jf pkt 1–4 på side 2 i brevet av 2. september 2004.

Direktoratet for naturforvaltning har kommet til at reelle hensyn tilsier at søkeren bør få prøvd sin rett til erstatning etter norsk regelverk. Vi vil derfor sende saken i retur til Fylkesmannen i Nordland med beskjed om å realitetsbehandle erstatningssøknaden for driftsåret 2002/2003.

Direktoratet har kommet til dette resultat fordi formålet med kravet til fast bopel er å sikre at ansvaret for å vurdere krav på erstatning blir klart, og i dette tilfellet vil søkeren på grunn av flere forhold falle mellom to stoler med hensyn til rett til erstatning i Sverige eller Norge. Vi ser på dette som en utilsiktet og uheldig virkning av regelverket. Saken er dessuten unik i den forstand at det er vanskelig å se at den representerer typetilfeller som krever en gjennomgang og eventuell endring/justering av gjeldende regelverk. Direktoratet kan heller ikke se at en slik fortolkning av regelverkets bestemmelse om fast bopel i Norge, hvor det legges vekt på de reelle hensyn i en sak som denne, vil få noen slik virkning for andre fremtidige saker som skulle tilsi at vi ikke kan trekke denne konklusjon.

På denne bakgrunn vil direktoratet i eget brev be Fylkesmannen i Nordland om å realitetsbehandle søknaden om erstatning for reindriftingsåret 2002/2003».

Næringsvirksomhet

83.

Skjenke- og serveringsbevilling – spørsmål om et vedtak om innvilgelse av skjenkebevilling var en nullitet

(Sak 2004–1477)

En kommune la til grunn at vedtak om skjenke- og serveringsbevilling var nulliteter, og ikke angripelige vedtak. Melding om at bevillingene var falt bort fordi foretaket som vedtakene rettet seg mot aldri var blitt stiftet, var derfor etter kommunens syn ikke enkeltvedtak som kunne påklages.

Ombudsmannen uttalte at utgangspunktet er at ugyldige begunstigende vedtak er angripelige. Et angripelig vedtak står – i motsetning til en nullitet – som hovedregel ved lag inntil det blir opphevet eller omgjort. Opphevelsen eller omgjøringen vil i seg selv være et enkeltvedtak og skal behandles etter de regler som gjelder for slike vedtak. Det kunne ikke være tvil om vedtakene om skjenke- og serveringsbevilling var gyldige i utgangspunktet, og således angripelige vedtak. Vedtakene var med andre ord ikke uten videre falt bort, og opphevelse eller omgjøring av vedtakene ville være enkeltvedtak som er underlagt reglene i forvaltningsloven kap. IV – VI om klageadgang mv.

Bystyret i kommunen innvilget i 2001 søknad fra foretaket X om skjenkebevilling. I søknaden var det opplyst at foretaket var «under stiftelse», og at det skulle være heleid av As enkeltmannsforetak Y. A sto i søknaden oppført som styrer og daglig leder, og det var han som underskrev som bevillingssøker. Foretaket fikk også innvilget en søknad om serveringsbevilling. I melding 15. august 2003 til enkeltmannsforetaket Y opplyste kommunen at skjenkebevillingen som var gitt til foretaket X, var falt bort fordi denne juridiske enheten aldri var blitt stiftet. Bevillingen var etter kommunens syn gitt på bristende forutsetninger. Det ble meddelt at også serveringsbevillingen var bortfalt på samme grunnlag. I senere brev til As advokat fremholdt kommunen at den manglende stiftelsen av foretaket X gjorde at bevillingsvedtakene var å anse som nulliteter, og at innholdet i meldingen 15. august 2003 således ikke kunne være gjenstand for klagebehandling. Dette innebærer ifølge kommunen at dersom foretaket X nå ble stiftet, måtte det søkes om skjenke- og serveringsbevilling på nytt.

As advokat brakte i september 2003 saken inn for ombudsmannen. Han hevdet at kommunens melding 15. august 2003 var et enkeltvedtak som kunne påklages og anførte bl.a.:

«På bakgrunn av kommunens holdning om at meldingen om bortfall er en enkelt beslutning, og ingen enkeltvedtak med klagerett, har A ef-

fektivt blitt fratrukket muligheten for ordinær klagebehandling. Samtidig medfører beslutningen at virksomheten har måttet stenge grunnet at den ikke er drivverdig uten skjenkebevilling. A er således påført et ikke ubetydelig tap grunnet den oppståtte situasjonen.»

Kommunen ble i brev herfra bedt om å kommentere nærmere hvorfor den anså bevillingsvedtakene som nulliteter, og ikke som angripelige vedtak. Det ble bedt opplyst om kommunen kontaktet A før meldingen 15. august 2003 ble sendt, og om skjenkebevillingen var blitt formelt forlenget etter at den utløp 30. juni 2002.

I svaret hit viste kommunen til at «alkoholloven § 1–4b og serveringsloven § 3, 2. ledd forutsetter at bevilling gis til den som står økonomisk ansvarlig for driften». Siden det var foretaket X som skulle stå økonomisk ansvarlig for driften, la kommunen til grunn at bevillingene falt bort som følge av brudd på nevnte bestemmelser da foretaket ikke ble stiftet. Kommunen skrev videre:

«Vedtaket om bortfall av bevilling ble fra kommunens side betraktet som en nullitet og ikke som et angripelig vedtak. I utgangspunktet vil en ugyldig tillatelse bare være angripelig. Dette kan imidlertid vurderes annerledes i tilfeller der den private part selv kan være å klandre. Etter kommunens vurdering var A kjent med forutsetningen bevillingen ble gitt på, og har i etterkant ved å unnlate å etablere firmaet som forutsatt opptrådt i strid med vilkåret for bevillingen. A ble godkjent som styrer for bevillingen da den ble gitt, dvs at han på dette tidspunktet hadde dokumenterte kunnskaper om alkoholloven og skulle således ha full kjennskap til alkohollovens § 1–4b og forstå rekkevidden av kommunens vedtak. Da kommunen ikke hadde organisasjonsnummeret til foretaket X ble dette etterlyst og meddelt per telefon. Når kommunen så fikk informasjon om at firmaet ikke hadde blitt stiftet og i tillegg fikk dette bekreftet av Foretaksregisteret, ble det oppgitte organisasjonsnummeret kontrollert. Det viste seg da å være organisasjonsnummeret til enkeltmannsforetaket Y. Da det ikke forelå forhold som skulle tilsi at kommunen ikke skulle kunne ha tillit til oppgitte opplysninger ble organisasjonsnummeret i sin tid ikke kontrollert. Bestemmelsen om at bevillingen skal gis til den hvis regning virksomheten drives står sentralt i alkoholloven.»

Kommunen erkjente «i ettertid at forhåndsvarsel i henhold til forvaltningsloven § 16 burde ha vært gitt».

Til sist ble det opplyst at bystyret i mai 2002 hadde forlenget skjenkebevillingen til foretaket t.o.m. 30. juni 2004.

As advokat bestred at hans klient hadde gitt kommunen feilaktig informasjon. Det ble bl.a. vist til at A gjennom enkeltmannsforetaket Y sto økonomisk ansvarlig for driften av puben.

Kommunen fastholdt at det forelå brudd på alkoholloven § 1–4b og serveringsloven § 3, og at dette

innebar at bevillingsvedtakene var «å anse som ugyldige».

Advokaten kom med ytterligere anførsler vedrørende hvem som var økonomisk ansvarlig for driften i henhold til alkoholloven.

Kommunen presiserte etter dette at «bevillingen ikke er inndratt, men falt bort».

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Kommunen har lagt til grunn at vedtakene om skjenke- og serveringsbevilling er nulliteter, jf. bl.a. kommunens brev 22. august 2003 til As advokat. Dersom dette er riktig, vil meldingen 15. august 2003 ikke være et enkeltvedtak som kan påklages, men kun en bekreftelse på at de opprinnelige vedtakene er uten rettsvirkninger.

Jeg kan vanskelig følge kommunens standpunkt om at bevillingene måtte anses som nulliteter. Det rettslige utgangspunkt er at et ugyldig enkeltvedtak enten er en nullitet eller en angripelighet. En nullitet betraktes som ikke-eksisterende, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, «Forvaltningsrett», 7. utgave, 2003 s. 440. Det vil si at vedtaket har vært uten rettsvirkninger fra det ble truffet. Et angripelig vedtak står derimot som hovedregel ved lag inntil det blir opphevet eller omgjort. Opphevelsen eller omgjøringen vil i seg selv være et enkeltvedtak og skal behandles etter de regler som gjelder for slike vedtak. Utgangspunktet er at ugyldige begunstigende vedtak er angripelige. Den som har fått en bevilling (tillatelse) som hevdes å være ugyldig, kan følgelig bygge rettigheter på vedtaket inntil det eventuelt blir satt til side som ugyldig. En forutsetning må imidlertid være at bevillingshaveren oppfylder de betingelser eller vilkår som fremgår av bevillingen.

Skjenke- og serveringsbevillingene ble gitt til foretaket X «under stifting». Vedtakenes adressat var følgelig foretaket X, og det var en forutsetning at foretaket ble stiftet. Kommunen har fremholdt at A selv er å klandre for at bevillingene etter kommunens syn er ugyldige, idet han unnlot å stifte foretaket X og ikke meldte fra om dette. Slik kommunen påpeker, kan en ugyldig tillatelse være å anse som en nullitet når den private part bevisst har gitt myndighetene uriktige opplysninger, jf. op. cit. s. 442. Jeg finner imidlertid ikke at det er grunnlag for et slikt synspunkt i denne saken, idet det ikke synes å være holdepunkter for å anta at A på tidspunktet for søknadene bevisst villedet kommunen med hensyn til eierskapet. Det må med andre ord legges til grunn at meningen var å stifte foretaket X slik det fremgikk av søknadene. Så vidt jeg kan se, kan det da ikke være tvil om at vedtakene var gyldige på vedtakstidspunktet. Bevillingsvedtakene var med andre ord ikke uten rettsvirkninger fra begynnelsen av, slik tilfellet er for nulliteter. At betingelsen om stiftelse ikke ble oppfylt, endrer ikke dette. Jeg kan derfor ikke følge kommunen i at bevillingene uten videre er falt bort.

Som følge av det ovennevnte må jeg be kommunen om å behandle saken på nytt, ut fra den forutsetning at bevillingsvedtakene ikke uten videre er falt bort, men at de står ved lag inntil de eventuelt formelt blir opphevet.

Det må understrekes at jeg ikke har tatt stilling til om det faktisk og rettslig er adgang til å omgjøre vedtakene. Jeg har kun konkludert med at vedtakene ikke kan anses som nulliteter. Hvordan det videre skal forholdes med tillatelsene, er det opp til kommunen å avgjøre. Avgjørelsen må forberedes etter de regler som gjelder for enkeltvedtak, dvs. med forhåndsvarsel og anledning for A til å uttale seg.

As advokat har i ombudsmannssaken fremholdt at betingelsen om eierskap reelt sett er oppfylt. Dette er et spørsmål kommunen må ta stilling til etter at klageren er gitt anledning til å gjøre rede for sitt syn. Dersom kommunen kommer til at betingelsen ikke kan anses oppfylt, kan det være at A bør gis anledning til å oppfylle betingelsen om eierskap ved å stifte foretaket X innen en viss frist for å hindre at bevillingene eventuelt trekkes tilbake. En skriftlig anmodning om at betingelsen oppfylles, kan kombineres med et forhåndsvarsel om at bevillingene vurderes omgjort dersom betingelsen ikke oppfylles. Det kan også være at det vil være riktig å omgjøre eller oppheve bevillingene uten at A får anledning til å «bringe eierskapet i orden». En slik omgjøring vil som nevnt være et enkeltvedtak som er underlagt reglene i forvaltningsloven kap. IV – VI om bl.a. klage.

Kommunen må i den fornyede vurderingen se hen til at skjenkebevillingen formelt sett er forlenget ut juni 2004.»

Kommunen opplyste etter dette at det på bakgrunn av en fornyet vurdering var inngått avtale mellom kommunen og klageren om et erstatningsoppgjør.

84.

Tildeling av løyve for leiekjøring med snøscooter

(Sak 2004–1342)

A, som hadde drevet ervervsmessig leiekjøring med snøscooter i en årrekke, fikk avslag på sin søknad om fornyet løyve. Etter klage tildelte likevel kommunen løyve. Vedtaket ble satt til side av Fylkesmannen i Hedmark etter klage fra en konkurrerende løyvehaver. Fylkesmannen mente at kommunens behov, angitt i kommunens retningslinjer, allerede var dekket gjennom den samlede tildelingsprosessen.

Ombudsmannen kritiserte fylkesmannen for utformingen av og begrunnelsen for klagevedtaket. Det var uklart hvilket grunnlag fylkesmannen hadde for å fastslå at kommunens behov allerede var dekket, og ombudsmannen stilte seg tvilende til om fylkesmannen hadde tilstrekkelig grunnlag for å fatte

nytt realitetsvedtak. Det heftet begrunnet tvil ved avgjørelsesgrunnlaget, og fylkesmannen ble bedt om å foreta en ny vurdering av saken.

Fylkesmannen foretok etter dette en fornyet vurdering og sendte saken tilbake til kommunen for ny behandling.

X kommune utlyste i 2002 3-årige løyver for ervervsmessig leiekjøring med snøscooter i kommunen. Det var satt en felles søknadsfrist, og løyvene skulle fordeles etter en helhetlig vurdering av innkomne søknader. I henhold til retningslinjer vedtatt av forvaltningsstyret 12. desember 2001, skulle det maksimalt gis 20 løyver i form av dispensasjon fra forskrift for bruk av motorkjøretøyer i utmark og på islagte vassdrag datert 15. mai 1988 nr. 356 § 5 første ledd bokstav a. Tidligere var det gitt til sammen 28 løyver til ervervsmessig leiekjøring i kommunen. A, som var fjelloppsynsman i kommunen og som i en årrekke hadde drevet med slik kjøring, var blant søkerne. Kommunen ved forvaltningsstyret avslø søknaden fordi den anså kombinasjonen fjelloppsyn og ervervsmessig løyvehaver for å være uheldig. Til sammen 20 løyver ble tildelt andre søkere. B ble tildelt løyve i den delen av kommunen som A tidligere hadde betjent og fortsatt ønsket å betjene.

A påklaget avslaget, og fikk medhold av forvaltningsstyret 12. februar 2003. Etter klage fra B opphevet Fylkesmannen i Hedmark dispensasjonen i vedtak 5. juni 2003. Fylkesmannen var enig i at kommunens begrunnelse for sitt opprinnelige avslag ikke var holdbar. Fylkesmannen mente imidlertid at innvilgelsen var mangelfullt begrunnet, og at vedtaket av den grunn var ugyldig. Etter fylkesmannens syn var det viktig at kommunen ikke ga flere løyver enn nødvendig i forhold til behovet. Kommunen hadde i retningslinjene angitt behovet til maksimalt 20 løyver. Søknader burde ifølge fylkesmannen avslås «når behovet allerede er dekket og det ikke foreligger helt spesielle grunner til å fravike et slikt prinsipp». Slike grunner fant ikke fylkesmannen i denne saken.

A klaget deretter til ombudsmannen. Han anførte at fylkesmannens opphevelse var gjort på feil grunnlag, og at det var behov for to løyver i det aktuelle området. Han mente dessuten at det uansett var urimelig at han selv, som hadde drevet leiekjøring i en årrekke, nå ble fortrent av B, som nylig hadde fått løyve i dette området.

Klagen ble forelagt Fylkesmannen i Hedmark. Fylkesmannen ble bedt om å kommentere hvorfor saken ikke var returnert kommunen for en ny behandling når fylkesmannen anså kommunens opprinnelige avslag på søknaden og den etterfølgende tillatelsen for å være mangelfullt begrunnet. Fylkesmannen ble også bedt om å begrunne sitt syn på sakens realitet.

I svarbrev hit het det at fylkesmannen hadde «valgt å benytte seg av adgangen til å fatte nytt ved-

tak som endrer X kommune sitt vedtak». Saken ble ansett tilstrekkelig opplyst. Videre uttalte fylkesmannen:

«Hovedregelen i motorferdselsloven er som kjent at all motorferdsel i utmark og vassdrag er forbudt, jf. lovens § 3. Dette gjelder med mindre det er gjort unntak direkte i loven eller gjennom vedtak etter loven. Etter den nasjonale forskriften til loven § 5 første avsnitt bokstav a, kan kommunen gi tillatelse til leiekjøring. I rundskriv T-1/96 – om lov om motorferdsel i utmark og vassdrag av 10. juni 1977 nr. 82, har Miljøverndepartementet gitt uttrykk for at det er viktig at kommunene medvirker til å etablere slike leiekjøringsordninger, se side 28 i rundskrivet. Videre er det uttalt at kommunene bør begrense antallet løyvehavere ut fra behovet for transport i den enkelte kommune eller distrikt.

X kommune vedtok den 12. desember 2001 egne retningslinjer for behandling av søknader om leiekjøringsløyver. Antallet løyver ble samtidig begrenset til maksimalt 20. Denne ordningen ble innført ut fra et ønske, også fra kommunens side, om å begrense antallet løyver. Det fremgår av sakens dokumenter at det er gitt 23 løyver i nåværende periode.

Vi vil bemerke at det i forbindelse med behandlingen av klagen fra B, ble sett hen til om A kunne gis dispensasjon ut fra andre bestemmelser i motorferdselsloven eller forskriften til denne. Dette forhold er imidlertid ikke tydeliggjort i vårt vedtak av 5. juni 2003. ---»

Til sist het det:

«Fylkesmannen er av den oppfatning at A ikke oppfyller forhold som er ansett som særlige grunner for å kunne dispensere fra forbudet mot motorferdsel, verken etter lovens § 6 eller forskriftens §§ 5 og 6. I forhold til spørsmålet om leiekjøring, vises det til begrensningen i antall løyver fastsatt av X kommune. Videre var det ikke grunn til å anta at nye opplysninger ville bli lagt frem, siden saken hadde vært behandlet tre ganger i kommunen, en gang som søknad og to ganger som klagesak.

Vi er således av den oppfatning at det var grunnlag for fylkesmannen til å fatte nytt realitetsvedtak i klagesaken.»

A påpekte i brev hit at det nå bare var gitt ett løyve i det aktuelle området, mens det tidligere var tre løyver. Han mente fortsatt at det var behov for to løyver her, mens det i andre deler av kommunen var tildelt for mange løyver. Hvis noen skulle fått avslag, mente A at det måtte være nykommeren B og ikke ham selv som har drevet aktivt i årevis og fulgt pålegg om utfylling av rapportskjema.

Fylkesmannen kommenterte kort As brev, og A kom deretter med enkelte merknader.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«1. Fylkesmannen i Hedmark har i sitt klagevedtak konstatert at kommunens dispensasjon til A 12. februar 2003 mangler begrunnelse i henhold til for-

valtningsloven §§ 24 og 25. Dernest drøftes spørsmålet om vedtaket er gyldig under henvisning til forvaltningsloven § 41 og juridisk teori. Fylkesmannen har «kommet til at det samlet sett ikke foreligger noen garanti for at saken har vært forsvarlig og riktig vurdert». Deretter heter det:

«Vi vil i den sammenheng bemerke at søknader om leiekjøringsløyve bør avslås når behovet allerede er dekket og det ikke foreligger helt spesielle grunner til å fravike et slikt prinsipp. Hvis ikke undergraves inntektsgrunnlaget for de som allerede er innvilget dispensasjon etter forskriftens § 5 bokstav a. Vi kan ikke se at det er framkommet slike spesielle grunner til at A burde innvilges dispensasjon etter forskriftens § 5 bokstav a når behovet allerede måtte sies å være dekket. Fylkesmannen finner ut fra dette grunn til å anta at den mangelfulle begrunnelsen er en saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende på vedtakets innhold. Vedtaket blir etter dette å anse som ugyldig.»

Selve vedtaket lyder:

«Fylkesmannen opphever kommunens vedtak av 12.03.03 punkt 3 vedrørende A. Tillatelsen til leiekjøring er dermed opphørt. Som begrunnelse vises til drøfting ovenfor.»

Fylkesmannen har i korrespondansen med mitt kontor anført at vedtaket er et nytt realitetsvedtak. Vedtaket er imidlertid utformet som en oppheving av kommunens vedtak, som fylkesmannen anser for å være ugyldig på et rent formelt grunnlag. Selv om fylkesmannen også kommenterer sakens realitet i premissene for vedtaket, er dette gjort overflattisk og i nær tilknytning til spørsmålet om virkningen av mangelfull begrunnelse. Uansett om klageinstansen velger å oppheve et vedtak og sende det tilbake til kommunen eller treffe nytt realitetsvedtak i saken, er det viktig at vedtaket er klart i sin form og at det kommer klart til uttrykk hvilken konklusjon klageinstansen er kommet til. Vedtakets ordlyd må være egnet til å gi et riktig bilde av rettsstillingen. Når et klagevedtak er ment å innebære en omgjøring av kommunens vedtak, slik som i denne saken, må dette komme klart og utvetydig til uttrykk i utformingen av selve vedtaket samt i premissene. Slik fylkesmannens vedtak er utformet, fremstår det ikke klart at fylkesmannen har foretatt en ny realitetsvurdering av saken og tatt endelig stilling til spørsmålet om dispensasjon. Dette er kritikkverdigg.

Forvaltningsloven § 34 gir klageinstansen kompetanse til å avvise en klage (første ledd), treffe nytt vedtak (fjerde ledd første alternativ) eller oppheve vedtaket og sende saken tilbake til underinstansen (fjerde ledd annet alternativ). Å oppheve et vedtak for deretter å treffe nytt realitetsvedtak, er begrepsmessig og formelt ikke i samsvar med ordlyden i nevnte bestemmelse. Også av denne grunn burde fylkesmannen vært særlig nøye med å skille klart mellom opphevelsen og begrunnelsen for dette på

den ene siden, og drøftelsen av realiteten på den andre siden.

2. Fylkesmannen har i klagevedtaket tatt utgangspunkt i begrensningen på 20 løyver som mål på behovet for ervervsmessig leiekjøring i kommunen. Begrensningen fremgår av retningslinjer vedtatt av forvaltningsstyret 12. desember 2001. Det rettslige rammeverk er lov om motorferdsel i utmark og vassdrag 10. juni 1977 nr. 82, som i § 3 fastslår at slik motorferdsel ikke er tillatt «med mindre annet følger av denne lov eller vedtak med hjemmel i loven». Visse unntak er gitt i loven samt i forskrift for bruk av motorkjøretøyer i utmark og på islagte vassdrag gitt av Miljøverndepartementet 15. mai 1988 nr. 356. Etter forskriften § 5 kan kommunestyret etter søknad gi tillatelse til bruk av snøscooter for bl.a. fastboende som i ervervsmessig øyemed vil påta seg visse typer transportoppdrag (bokstav a). Så vidt jeg forstår har kommunestyret i X delegert myndigheten til å gi dispensasjoner til forvaltningsstyret.

Forvaltningsstyret vedtok i retningslinjene at det «skal maksimalt være 20 stående tillatelser til ervervskjøring i X kommune». Dette innebar en reduksjon i antall løyver, og var for øvrig i tråd med anbefalinger fra Miljøverndepartementet. I departementets rundskriv T-1/96 oppfordres kommunene til å begrense antall løyvehavere i kommunen eller distriktet ut fra en behovsvurdering. Det ser ut til at fylkesmannen har oppfattet begrensningene i retningslinjene som et fast «tak» på antall løyver som i utgangspunktet ikke kan overskrides. På spørsmål herfra om en utdypende begrunnelse for avslaget, uttaler fylkesmannen således kort i brev 11. mars 2004: «I forhold til spørsmålet om leiekjøring, vises det til begrensningen i antall løyver fastsatt av X kommune.»

Det må imidlertid være klart at retningslinjene ikke er bindende i den forstand at de ikke kan endres av kommunen selv. Forvaltningsstyret ga til sammen tre nye dispensasjoner etter klager fra søkere, slik at det totale antall løyver for tildelingsperioden var 23. Selv om det kan hevdes at det prinsipielt er uheldig å fravike egne retningslinjer gjennom enkeltsaker, er det vanskelig å se at fravikelsen i seg selv kan kritiseres på rettslig grunnlag. Siden det ikke er opplyst noe om bakgrunnen for begrensningen til 20 løyver, er det vanskelig å ha en klar oppfatning om hensiktsmessigheten av dispensasjonene ut fra bl.a. ønsket om å begrense antall løyver. Det kan heller ikke sees at dispensasjonene er begrunnet nærmere. Det er derfor uklart om økningen i antall løyvehavere skyldes et endret syn på kommunens samlede behov, endret syn på behovet i enkelte deler av kommunen, eller individuelle forhold hos klagerne. Fylkesmannen har likevel lagt til grunn at «behovet allerede måtte sies å være dekket». Jeg kan ikke se hvilket grunnlag fylkesmannen hadde for en slik konklusjon.

Jeg har for øvrig merket meg at rådmannen har

opplyst at A og B i sesongen 2001/2002 hadde «overgjennomsnittet for antall kjørte km og turer for de som hadde leiekjøring», jf. vurdering og saksframstilling til forvaltningsstyret i sak 024/03. Behovet for to løyvehavere i dette distriktet er således i noen grad vurdert fra kommunens side.

På spørsmål herfra om hvorfor saken ikke ble returnert til kommunen etter opphevelsen, har fylkesmannen svart at saken hadde vært behandlet der tre ganger, og at det ikke var grunn til å anta at nye opplysninger ville bli lagt frem. Denne forklaringen er lite tilfredsstillende. I den første behandlingen i forvaltningsstyret 28. november 2002 ble A utelukket på grunn av kombinasjonen av ulike roller. Under behandlingen av As klage mente rådmannen at dette var et feil avgjørelsesgrunnlag. Han foreslo i stedet i sin innstilling til forvaltningsstyret avslag på grunn av bosetting utenfor kommunen, samt at det allerede var gitt ett løyve i samme område (B). Forvaltningsstyret var uenig og innvilget løyve til A 12. februar 2003, men begrunnet som nevnt ikke vedtaket. Under den tredje behandlingen 9. april 2003 av klage fra B, konsentrerte rådmannen seg om å imøtegå Bs argumenter. Dessuten refererte rådmannen Miljøverndepartementets rundskriv T-1/96 om at det ikke var adgang til å forskjellsbehandle etter bl.a. bosetting. Det ble i liten grad argumentert for innvilgelsen til A. Slik jeg ser det, er det derfor tvilsomt om kommunen har behandlet saken i sin fulle bredde. Det er også noe uklart hvordan kommunen har vurdert de konkrete opplysningene som foreligger. Siden fylkesmannen la avgjørende vekt på behovet for løyvehavere, og behovet utelukkende synes å være definert av kommunen selv, er det vanskelig å forstå at fylkesmannen valgte å fatte et realitetsvedtak i strid med kommunens syn fremfor å returnere saken til en ny behandling. Det er i denne sammenheng grunn til å påpeke at en endring av kommunens vedtak innebærer at fylkesmannen er forpliktet til å foreta en fullstendig realitetsvurdering av saken.

Et annet spørsmål er om kommunens dispensasjon var ugyldig, slik fylkesmannen har lagt til grunn. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Jeg finner videre grunn til å påpeke at klagerens anførsler ikke er kommentert eller vurdert i vedtaket, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd annet punktum. Nærmere vurderinger av de konkrete forhold i saken synes også å være fraværende i fylkesmannens vedtak. Fylkesmannens begrunnelse er neppe i tråd med kravene i forvaltningsloven § 25, slik bestemmelsen er blitt tolket i praksis, og ulovfestede prinsipper om god forvaltningsskikk. Jeg viser her til Geir Woxholth's Forvaltningsloven med kommentarer (1999) s. 345 flg. med videre referanser. Det er i teorien antatt at vedtakets karakter og forholdene for øvrig vil

ha betydning for hvilke krav som må stilles til en begrunnelse. I denne sammenheng vil jeg fremheve at fylkesmannens vedtak umiddelbart fremstår som inngripende og lite rimelig overfor A, som etter det opplyste har hatt ervervsmessig leiekjøring som biinntekt i en årrekke. Han synes også å stille sterkt i forhold til kommunens tildelingskriterier for løyve. Dette er forhold som ikke er kommentert eller vurdert i fylkesmannens vedtak.

Jeg finner grunn til å understreke at mangelfull begrunnelse kan etterlate tvil om saken har vært forsvarlig og riktig vurdert. Dette er også påpekt av fylkesmannen i kommentarene til kommunens manglende begrunnelse for vedtaket 12. februar 2003. Slik saken fremstår stiller jeg meg tvilende til om fylkesmannen hadde tilstrekkelig grunnlag for å fatte nytt realitetsvedtak i saken.

3. Jeg må konkludere med at fylkesmannens utforming av klagevedtaket ikke var tilfredsstillende og at begrunnelsen for vedtaket var mangelfull. Videre mener jeg det knytter seg «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken» med hensyn til fylkesmannens grunnlag for vedtaket, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Jeg finner etter dette grunn til å be om at fylkesmannen vurderer saken på nytt. Jeg ber om å bli holdt underrettet om hva fylkesmannen foretar seg i sakens anledning.»

Fylkesmannen i Hedmark fattet 17. desember 2004 følgende vedtak:

- «1) Fylkesmannen omgjør med dette sitt vedtak av 5. juni 2003.
- 2) Vedtak fattet av forvaltningsstyret i X kommune den 12. februar 2002 i sak FO-002/03 punkt 3 vedrørende A oppheves. Det vises for øvrig til den ovenstående begrunnelsen. Saken sendes tilbake til X kommune for ny behandling.»

Fra begrunnelsen for vedtaket siteres:

«Fylkesmannen ser at det fremstår som uklart om vårt vedtak av 5. juni 2003 var ment å skulle være et nytt realitetsvedtak eller en opphevelse med «hjemvisning» til ny behandling i kommunen. Vedtaket var ment å skulle være et nytt realitetsvedtak. ...

Fylkesmannen er etter dette av den oppfatning at X kommune er nærmere til å foreta den nødvendige utredning og de nærmere undersøkelser som saken forutsetter. Kommunen bør derfor ved sin vurdering av As søknad redegjøre for om endringen i antall løyvehavere (23 og ikke 20) skyldes et endret syn på kommunens samlede behov, endret syn på behovet i den aktuelle delen av kommunen, eller individuelle forhold hos A.»

85.

Konsesjon for eksisterende settefiskanlegg

(Sak 2004–1186)

Fiskeri- og veterinærmyndighetene hadde avslått As søknad om konsesjon for et eksisterende anlegg for oppdrett av settefisk samt søknad om utvidelse av anlegget fra 1,5 til 2,4 millioner settefisk. As advokat anførte bl.a. at det var feil rettsanvendelse når sakene var behandlet som spørsmål om tillatelse til etablering av ny oppdrettsvirksomhet. Det ble hevdet at vilkårene i oppdretsloven § 5 ikke gjelder ved konsesjonering av registrerte anlegg samt at etablerte anlegg heller ikke var avhengig av tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7.

Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å reise innvendinger mot Fiskeridirektoratets standpunkt om at de ufravelige vilkårene i oppdretsloven § 5 også gjelder ved konsesjonering av registrerte anlegg. Ombudsmannen sa seg imidlertid enig med As advokat at det bare var nyetableringer og utvidelser som trengte tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7. Søknaden om utvidelse av antall settefisk krevde derfor også tillatelse etter fiskeesykdomsloven. I prinsippet tillates slike utvidelser dersom kravene til førstegangsetablering er tilfredsstilt, og søknaden hadde derfor blitt behandlet som en søknad om etablering. Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å reise innvendinger mot dette.

A hadde fått avslag på søknad om konsesjon for eksisterende anlegg for oppdrett av settefisk samt avslag på søknad om utvidelse av settefiskanlegget. Tidligere eier – selskapet B – hadde drevet oppdrettsanlegget siden 1961.

Fiskeesykdomsloven og oppdretsloven som trådte i kraft henholdsvis i 1968 og i 1973 innførte tillatelsesplikt for nye etableringer. I medhold av oppdretsloven fra 1973 ble det etablert et register for de eldre anleggene. B ble registrert i dette registeret.

Den någjeldende oppdretsloven – som trådte i kraft i 1985 – medførte at også anlegg som var etablert før 1973 måtte ha konsesjon, jf. lovens § 3 annet ledd.

Fra fiskerimyndighetenes side ble det ved flere anledninger påpekt overfor B at det måtte søke konsesjon. I et brev 8. mars 1994 svarte daværende eier at bedriften hadde «de nødvendige tillatelser for drift». Fiskerisjefen i Rogaland sendte likevel brev til fylkesveterinæren og ba om at han i forbindelse med konsesjonering av driften ga sin vurdering av driften i forhold til fiskeesykdomsloven. Fylkesveterinæren for Rogaland og Agder ga i brev 6. september 1995 til Fiskerisjefen i Rogaland godkjenning på nærmere angitt vilkår for bl.a. 1,5 millioner settefisk. Konsesjonen ble imidlertid ikke ferdigbehandlet av fiskerimyndighetene.

Den nye eieren – selskapet A – søkte i oktober

1999 om konsesjon etter oppdretsloven, herunder godkjenning etter fiskeesykdomsloven § 7. Søknaden gjaldt også utvidelse av settefiskanlegget.

Statens Dyrehelsetilsyn – Fylkesveterinæren for Rogaland og Agder godkjente på visse vilkår i vedtak 5. mars 2002 etablering av de landbaserte fiskeoppdrettsanleggene, herunder oppdrett av settefisk med inntil 2,4 millioner fisk pr. år.

Fiskeridirektoratets regionkontor ga 2. og 3. mai 2002 konsesjon til oppdrett av laksefisk, til klekking av rogn og til oppdrett av settefisk av laksefisk.

Et elveeierlag påklaget konsesjonene, herunder fylkesveterinærens vedtak. Konsesjonsvedtaket ble også påklaget av Bellona.

Statens Dyrehelsetilsyn – Sentralforvaltningen (nå Mattilsynet) klagebehandlet saken. Med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav b, jf. annet ledd, omgjorde Statens Dyrehelsetilsyn fylkesveterinærens vedtak 6. september 1995. Statens Dyrehelsetilsyn fant etter en samlet vurdering ikke å kunne godkjenne etablering av oppdrettsanlegg på lokaliteten og omgjorde også fylkesveterinærens vedtak 5. mars 2002.

Med hjemmel i oppdretsloven § 5 første ledd nr. 1 og nr. 3 og settefiskforskriften § 4 første ledd bokstav a) og c) omgjorde Fiskeridirektoratet ved sin klagebehandling regionkontorets tillatelse både med hensyn til å gi konsesjon for det eksisterende settefiskanlegget og til utvidelse av dette anlegget til 2,4 millioner settefisk. Begrunnelsen for vedtaket var «fare for smitteoverføring fra anlegget til villfisken og vice versa og at anlegget har en klart uheldig plassering i forhold til det omkringliggende miljø».

I klagebrev hit fremholdt As advokat at begge sakene var behandlet som spørsmål om tillatelse til etablering av ny oppdrettsvirksomhet, og at dette skyldes feil rettsanvendelse i begge forvaltningsorganer. Etter hans mening kunne ikke søknadene avslås uten at vilkårene for omgjøring var til stede. Advokaten påpekte bl.a. at man står ovenfor en virksomhet som er lovlig etablert med en produksjonskapasitet på 1,5 millioner sjødyktig settefisk og at selskapet har krav på konsesjon for sin fortsatte drift samt tillatelse til utvidelse av omfanget av driften til 2,4 millioner settefisk.

Etter foreleggelse herfra, kom Fiskeridirektoratet og Mattilsynet med kommentarer til advokatens anførsler.

Etter merknader fra advokaten gjentok Mattilsynet i nytt brev hovedkonklusjonen om at selskapet ikke hadde tillatelse til etablering etter fiskeesykdomsloven § 7 når det søkte om utvidelse, og at søknaden derfor ble behandlet som en søknad om etablering. Videre skrev Mattilsynet:

«Selv om anlegget eventuelt ikke hadde søkt om en utvidelse, var det allikevel forpliktet til å søke om konsesjon, jf. oppdretsloven § 3. Et

ufravikelig vilkår etter oppdretslovens § 5 er at anlegget får tillatelse til etablering etter etableringsforskriften § 5, tidligere fiskeesykdomslovens § 7.»

Fiskeridirektoratet kom også tilbake med ytterligere kommentarer til advokatens påstand om at oppdretsloven § 5 ikke gjelder for disse anleggene. Fra brevet siteres:

«Gjelder lovens § 5 for anlegg som var etablert før 8.06.73?

Særskilt rett?

Fiskerimyndighetene bestrider nå, som i mange tidligere tilfeller, at de anleggene som var etablert før 08.06.73 sto i noen rettslig særstilling da konsesjonsplikt ble innført ved 1985-loven. Viser også til Ot.prp. nr. 85 (1992–93) som riktignok gjaldt reetablering av matfiskanlegg etter etableringsforskriften, men uttalelsene er også av generell karakter. Her fremgår det på side 13 høyre spalte nede på siden at Høyesterett *ikke er enig i at de har fått en særrett til å fortsette.*

Forskjellsbehandling – likebehandling?

I Ot.prp. nr. 53 (1984–85) framgår det:

Departementet fant det formålstjenlig, bl.a. av hensyn til forvaltningsmessig likebehandling og for å fjerne den uklarhet som i dag råder mht regulering av slike anlegg, at disse etableringene blir omfattet og regulert av lovens bestemmelser på lik linje med konsesjonerte anlegg (vår understrekning).

Videre påla bestemmelsen registrerte anlegg å innhente tillatelse av myndighetene for å kunne fortsette sin virksomhet.

Rimelige og smidige løsninger

Det er lite holdepunkter i forarbeidene om hva som ligger i dette. I lys av lovens formulering; anleggene kan ikke fortsette sin virksomhet uten tillatelse, er en måte å se det på at en forutsetter rimelighet og smidighet fra forvaltningen for eksempel når konsesjonssøknader må være fremmet.

Da formålet med utvidelse av loven var at disse anleggene nå skulle omfattes og reguleres av lovens bestemmelser, taler det mot at rimelighet og smidighet gir signaler om at lovens § 5 ikke skulle gjelde for de registrerte anleggene.»

I min avsluttende uttalelse hadde jeg følgende merknader:

«Fiskeridirektoratets vedtak 6. mai 2003

Som påpekt foran, ble det ved oppdretsloven av 8. juni 1973 innført konsesjonsplikt for nye anlegg. Samtidig ble igangværende anlegg registrert av fiskerimyndighetene. B ble registrert med en produksjon på 1,5 millioner settefisk. Jeg legger til grunn at bedriften kunne drive sin virksomhet uten konsesjon fra oppstarten i 1961 til konsesjonsplikt ble innført ved oppdretsloven 14. juni 1985 nr. 68.

Oppdretsloven 14. juni 1985 nr. 68 § 3 første, annet og tredje ledd lyder slik:

«Uten tillatelse av departementet må ingen bygge, innrede, utvide, erverve, drive eller eie anlegg for oppdrett av fisk og skalldyr. Oppdrett på annen måte enn ved anleggsdrift kan heller ingen drive uten tillatelse.

Anlegg for klekking av rogn og for oppdrett av fisk og skalldyr som ikke var konsesjonspliktig i henhold til midlertidig lov av 8. juni 1973 nr. 48 om bygging, innredning, etablering og utvidelse av anlegg for klekking av rogn og for oppdrett av fisk, og som ble registrert i forbindelse med nevnte lovs ikrafttredelse, kan ikke fortsette sin virksomhet uten tillatelse.

Tillatelse etter annet ledd kan gis dersom anlegget var etablert før 8. juni 1973 og frem til 21. juni 1985 ikke har hatt driftsavbrudd av lengre varighet, er flyttet, utvidet eller har fått endret driftsform.»

Tredje ledd kom inn ved en lovendring i 1993.

Videre har lovens § 5 en bestemmelse med overskrift «ufravikelig vilkår». Bestemmelsen ble noe endret ved lovendring i 2003. På vedtakstidspunktet lød bestemmelsens første ledd slik:

«Tillatelse etter § 3 skal ikke gis dersom anlegget:

- 1) vil volde fare for utbredelse av sykdom på fisk eller skalldyr,
- 2) vil volde fare for forurensning,
- 3) har en klart uheldig plassering i forhold til det omkringliggende miljø eller lovlig ferdsel eller annen utnytting av området.»

Settefiskforskriften (forskrift av 20. desember 2000 nr. 1397 om tildeling, etablering, drift- og sykdomsforebyggende tiltak ved settefiskanlegg for laksefisk og annen ferskvannsfisk) fastsetter i § 4 tilsvarende vilkår.

Fiskeridirektoratet har lagt til grunn at bestemmelsen i oppdretsloven § 5 kommer til anvendelse ved behandlingen av klagerens konsesjonssøknad slik at det bl.a. er en forutsetning for å kunne gi konsesjon at lokaliteten kan godkjennes etter dagens regelverk. Dette er As advokat uenig i, og han har herunder vist til at det ikke er noe holdepunkt verken i loven eller forskriften for en slik utledning. Han har videre fremholdt at poenget med innføringen av konsesjonsplikten for anlegg som var etablert før 1973 var å få presisert at også disse var underlagt det samme generelle regelverket som de senere etablerte anleggene, og at det ikke var noe mål å nedlegge forbud mot noen etablerte anlegg. Etter advokatens mening vil det kun være hjemmel for å avslå i de tilfeller der det ville være grunnlag for å inndra en allerede gitt tillatelse.

Om bestemmelsen i oppdretsloven § 3 heter det i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 53 (1984–85) side 8:

«Departementet har i den senere tid erfart økende interesse for og forvaltningsmessige pro-

blemer med de registrerte anlegg, dvs. anlegg etablert før konsesjonsloven i 1973. Oppdretsloven av 1981 regulerer visse disposisjoner i tilknytning til nevnte anlegg, eksempelvis flytting og utvidelse, men ikke andre som f.eks. overdragelse. Departementet finner det formålstjenlig, blant annet av hensyn til forvaltningsmessig likebehandling og for å fjerne den uklarhet som idag råder med hensyn til regulering av slike anlegg, at disse etableringene blir omfattet og regulert av lovens bestemmelser på lik linje med konsesjonerte anlegg. Bestemmelsens andre ledd pålegger registrerte anlegg å innhente tillatelse av myndighetene for å kunne fortsette sin virksomhet. Departementet vil i samarbeid med Fiskeridirektoratet og øvrige instanser utarbeide retningslinjer for behandling av slike saker, og er i den sammenheng innstilt på å finne frem til rimelige og smidige løsninger.»

Videre siteres fra Innst. O. nr. 94 (1984–85) side 3:

«Komiteen vil understreke at i høve til gjeldende lov tek lovutkastet sikte på å utvide konsesjonsplikta til også å omfatte det å eige, drive og erverve oppdrettsanlegg av fisk og skalldyr og i tillegg å drive oppdrett på annen måte enn ved anleggsdrift.»

Paragraf 3 ble som nevnt ovenfor endret (tredje ledd kom inn) i 1993. Endringen kom som følge av en kjennelse avsagt av Høyesterett 30. november 1992. Høyesterett la i kjennelsen til grunn at hovedbestemmelsen om reetablering etter driftsstans i en forskrift av 4. mars 1986 (reetableringsforskriften) ikke hadde hjemmel i oppdretsloven. Når det gjaldt anlegg som var etablert før 1973, var det i denne forskriften bestemt at konsesjon som hovedregel bare kunne gis dersom virksomheten hadde vært gjenopptatt før 30. september 1983. Om bestemmelsen i oppdretsloven § 3 annet ledd heter det bl.a. i forarbeidene til lovendringen, jf. Ot.prp. nr. 85 (1992–93) side 2:

«Denne bestemmelsen fastslo at registrerte anlegg ikke kunne fortsette sin virksomhet uten tillatelse. Dette gjaldt i alt 287 matfiskanlegg som ble registrert i 1973. For de anlegg som hadde vært i drift hele tiden siden da, ble konsesjoner utstedt løpende i forbindelse med søknader om utvidelser, flytting m.v. Det dreier seg i alt om 152 anlegg. For de anlegg som enten ikke hadde vært i drift, eller der driften var blitt innstilt, fant en det nødvendig å fastsette et regelverk. Dette skjedde ved forskrift av 4. mars 1986 (reetableringsforskriften), gitt med hjemmel i oppdretsloven av 14. juni 1985.»

Under punktet om følgene av Høyesteretts kjennelse, side 5 i proposisjonen, heter det:

«Kjennelsen medfører at de vedtak som er truffet etter reetableringsforskriften § 2, ikke er gyldige. Dette innebærer at de som søkte om konsesjon etter forskriftens § 2, har krav på å få sine søknader tatt opp til ny behandling. Det in-

nebærer ikke at de som har fått avslag på sine søknader etter § 2, har krav på å få konsesjon. Spørsmålet om konsesjon skal tilstås dem, vil bli behandlet etter regler som foreslås i proposisjonen her. De som får tilsagn om konsesjon, vil på vanlig måte måtte innhente tillatelse etter lovens § 5.»

Fiskeridirektoratet er ikke enig med As advokat i at oppdretsloven kun innførte en formell søknadsplikt. Direktoratet har i svarbrevet hit 8. mars 2004 imidlertid sagt seg enig i at det ikke var noe mål å nedlegge forbud mot etablerte anlegg i drift, men har lagt til at det heller ikke var noe mål at alle anlegg skulle få konsesjon uansett om de tilfredsstilte lovens ufravikelige krav eller ikke.

Slik saken nå fremstår for meg, kan jeg ikke se at jeg på rettslig grunnlag kan reise innvendinger mot Fiskeridirektoratets standpunkt om at de ufravikelige vilkårene i oppdretsloven § 5 også gjelder ved konsesjonering av registrerte anlegg. Ut fra uttalelser i forarbeidene, legger jeg til grunn at bakgrunnen for at det ble innført konsesjonsplikt for etablerte anlegg var at disse virksomhetene skulle underlegges de samme kravene som de øvrige. Jeg kan heller ikke se at det i forarbeidene er uttalelser som tilsier at de ufravikelige vilkårene i § 5 ikke skulle gjelde for de registrerte anleggene. Ordlyden i § 5 «Tillatelse etter § 3 skal ikke gis dersom....» tilsier også at bestemmelsen gjelder for samtlige tillatelser etter § 3. Dersom meningen var at vilkårene ikke skulle gjelde for alle, for eksempel ikke for reetableringer og konsesjoneringer av registrerte anlegg, burde dette i tilfelle ha fremgått av ordlyden i § 5 istedenfor en generell henvisning til «tillatelser etter § 3». Høyesterett synes også i kjennelsen fra 1992 å ha lagt til grunn at vilkårene i § 5 også gjelder for registrerte anlegg. Jeg siterer følgende uttalelse, som flertallet synes å ha sluttet seg til:

«Det nye med 1985-loven var at det ble krevet konsesjon også for de registrerte anlegg, jf. loven § 3 annet ledd. Et slikt generelt krav til konsesjon også for eldre anlegg skaper i seg selv ikke noe problem i forhold til grunnloven § 97. Lovgiver må, ut fra praktiske eller andre hensyn, kunne føre samtlige oppdrettere inn under det samme rettslige system. Det må overfor de registrerte anlegg kunne stilles samme vilkår og samme krav som til de anlegg som drives med konsesjon. Praktisk sett medførte dette blant annet at vilkårene i 1985-loven § 5 om at anlegget ikke måtte innebære fare for sykdomsutbredelse eller forurensing, eller at anlegget ikke måtte ha en uheldig plassering ut fra nærmere angitte hensyn, fullt ut kom til anvendelse også for de tidligere registrerte anlegg. Disse kravene hadde tidligere ikke i samme omfang vært anvendt overfor disse.»

Jeg har forståelse for de konsekvenser det kan medføre for etablerte anlegg som ikke får konsesjon. Fra klagerens side er det bl.a. henvist til at flere ar-

beidstakere mister sitt arbeid. Andre samfunnsmessige hensyn, for eksempel miljøhensyn, tilsier imidlertid at det må kunne stilles de samme krav til allerede etablerte anlegg som til nyetableringer.

Det har i saken også vært reist spørsmål rundt den praksis fiskerimyndighetene har ført i forhold til å gi konsesjoner til de som startet opp virksomheten før 1973-loven trådte i kraft. As advokat viste i klagebrevet bl.a. til at forskriften av 4. mars 1986 (reetableringsforskriften) ble praktisert slik at alle etablerte anlegg fikk konsesjon. Advokaten har også påpekt at uttalelser i forarbeidene til oppdretsloven, jf. sitatet foran, tilsier at det skulle være enklere for de registrerte anleggene å få konsesjon.

I en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett 21. januar 2002 heter det også om praksisen:

«Lagmannsretten forstår det også slik at partene er enige om at anlegg som var etablert før 73-loven trådte i kraft, og som også for øvrig tilfredsstilte kriteriene i §3 tredje ledd, hadde krav på å få tillatelse. Slik har regelverket også vært praktisert.»

Denne uttalelsen samt en uttalelse i en dom avsagt av Gulatings lagmannsrett 13. februar 1996, kan isolert sett også oppfattes slik at man ikke har krevd at vilkårene i lovens § 5 måtte være oppfylt, men at man har gitt tillatelse utelukkende på bakgrunn av at vilkårene i oppdretsloven § 3 tredje ledd har vært oppfylt.

Det synes å være enighet om at fiskerimyndighetene har hatt en noe uformell praksis for konsesjonering av registrerte anlegg. Fiskeridirektoratet har i vedtaket 7. mai 2003 og svarbrevet hit bl.a. vist til at registrerte anlegg som var i drift ofte ble konsesjonert ved at det ble søkt om utvidelse etc. Praksisen er også omtalt i forarbeidene til lovendringen i 1993, jf. sitatet ovenfor. As advokat har i klagebrevet hit påpekt at når søknadsbehandlingen har vært så uformell «understreker det ytterligere det uakseptable i at A i realiteten fratras sin tillatelse», og at det ikke er saklig grunnlag for forskjellsbehandlingen mellom A og de andre anleggene. I foreleggelsesbrevet herfra ble det bedt om Fiskeridirektoratets uttalelse til påstanden om usaklig forskjellsbehandling. I svarbrevet hit uttalte direktoratet at både sjøbaserte og landbaserte anlegg har måttet gå gjennom en konsesjonsbehandling og vurdering etter § 5 før konsesjon kunne innvilges. Direktoratet tilbakeviste også advokatens påstand om at alle etablerte anlegg har fått konsesjon. Når det gjelder ovennevnte lagmannsrettsdommer har direktoratet vist til at dette bare er første trinn i søknadsbehandlingen, og at neste steg er lokalitetsbehandlingen som tar utgangspunkt i lovens § 5.

Som det fremgår foran, er det i forarbeidene til oppdretsloven uttalt at man i forbindelse med konsesjonerings sakene er «innstilt på å finne frem til rimelige og smidige løsninger». Det er imidlertid lite

holdepunkter i forarbeidene for hva som ligger i dette. Jeg er enig med direktoratet at formålet med bestemmelsen – om at også allerede etablerte anlegg måtte ha konsesjon – taler mot at lovens § 5 ikke skulle gjelde for de registrerte anlegg. Direktoratet har antydnet at en måte å se det på er at en forutsetter rimelighet og smidighet fra forvaltningen for eksempel når søknader skal være fremmet. Ut fra opplysningene i saken om at konsesjonsspørsmålet i praksis har blitt tatt stilling til ved søknader om utvidelser etc, synes det som om fiskerimyndighetene har utvist smidighet i forhold til tidspunkt for å fremsette søknad om konsesjon. Når det gjelder klagerens anlegg, synes også dette å være tilfelle. Jeg legger da til grunn at fiskerimyndighetene ved en rekke anledninger anmodet bedriften om å søke konsesjon. Slik søknad ble først innsendt i 1999 etter at A overtok B. Fra direktoratets side er det for øvrig påpekt at reetableringsforskriften av 4. mars 1986 og oppdretsloven § 3 i første rekke dreier seg om de antallsbegrensede konsesjonene. Jeg forstår det også slik at det har skjedd tildelinger til de etablerte anleggene utenfor ordinære tildelingsrunder.

Statens Dyrehelsetilsyn Sentralforvaltningens vedtak 9. oktober 2002

1. Omgjøring av fylkesveterinærens vedtak 6. september 1995

På grunn av manglende konsesjonssøknad fra B tok fiskerimyndighetene konsesjonsspørsmålet opp til behandling i 1994 uten at slik søknad forelå. Fiskerisjefen i Rogaland sendte saken til Fylkesveterinæren for Rogaland og Agder og ba om at fylkesveterinæren ga sin vurdering av driften i forhold til fiskesykdomsloven. I vedtak 6. september 1995 ga Fylkesveterinæren for Rogaland og Agder tillatelse etter fiskesykdomsloven § 7 til bl.a. landbasert anlegg for produksjon av 1,5 millioner settefisk. Fylkesveterinæren sendte vedtaket til fiskerisjefen i Rogaland samt kopi til Fylkesmannen i Rogaland, Miljøvern-avdelingen og Distriktsveterinæren i Klepp. Saken ble imidlertid ikke ferdigbehandlet av fiskerisjefen.

Med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav b, jf. annet ledd, ble fylkesveterinærens vedtak omgjort 9. oktober 2002 av Statens Dyrehelsetilsyn Sentralforvaltningen.

I klagebrevet hit fremholdt As advokat at omgjøringen ikke var gyldig. Han påpekte herunder at det var overveiende sannsynlig at B ble gjort kjent med tillatelsen på bakgrunn av den tette kommunikasjon denne hadde med fiskerisjefen. Han fremholdt videre at også tidsfaktoren, faktisk innrettelse samt urimelighet talte sterkt mot at det forelå omgjøringsadgang.

Under henvisning til uttalelser i forarbeidene til forvaltningsloven samt i juridisk litteratur har Mattilsynet i sitt brev hit 9. mars 2004 lagt til grunn at begrepet «kommet fram» i forvaltningsloven § 35

første ledd bokstav b) forutsetter vanlig underretning fra det organ som har truffet vedtaket. Videre har Mattilsynet vist til at en part i praksis først blir gjort kjent med vedtaket om godkjenning til etablering etter fiskeesykdomsloven når fiskerisjefen fatter vedtak om konsesjon etter oppdrettsloven. I og med at konsesjonssaken ikke ble ferdigbehandlet av fiskerisjefen, har det formodningen mot seg at underretning skal ha skjedd fra ham. Mattilsynet har videre pekt på at innrettelseshensynet kun er relevant når en har blitt gjort kjent med vedtaket. Endelig har Mattilsynet vist til at A i forbindelse med konsesjonssøknaden i 1999 ikke har påberopt seg noen godkjenning etter fiskeesykdomsloven.

Slik saken er opplyst for meg, kan jeg ikke se at jeg har rettslig grunnlag for å reise avgjørende innvendinger til de vurderinger Mattilsynet her har gjort.

2. Krever det etablerte anlegget tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7?

Fra klagerens side er det også anført at anlegget ikke var avhengig av tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7 fordi anlegget ble etablert før 1968-loven innførte forbud mot å etablere nye anlegg, eller å utvide bestående anlegg, uten tillatelse. Det er videre hevdet at det ikke har funnet sted en slik kvalifisert utvidelse etter 1968 at dette utløser plikt til å innhente tillatelse. Fra klagerens side er det også fremholdt at det må skilles mellom endringer av et anlegg og utvidelser, og at begrepet utvidelse kun kan forstås som en utvidelse av den størrelse som loven regulerer ved tillatelse til settefiskvirksomhet, – størrelsen på produksjonen. Videre er det vist til at veterinærmyndighetene ikke på noe tidspunkt har påpekt endringer som skulle kunne oppfattes som utvidelse og dermed utløse krav om tillatelse.

Både fiskeesykdomsloven av 6. desember 1968 og fiskeesykdomsloven av 13. juni 1997 hadde en bestemmelse i § 7 som medførte at tillatelse var nødvendig for å etablere eller utvide akvakulturanlegg. Bestemmelsen i 1997-loven lød slik på vedtakstidspunktet i 2002:

«Ingen må etablere, utvide eller flytte akvakulturanlegg uten at dette er godkjent av departementet.

Departementet kan gi forskrift om at det også må innhentes godkjenning til å etablere, utvide eller flytte annen innhegning.

Det kan fastsettes vilkår knyttet til virksomheten ved godkjenning etter første og annet ledd».

Fiskeesykdomsloven av 1997 ble opphevet da matloven av 19. desember 2003 trådte i kraft 1. januar 2004.

Som nevnt har det i saken blitt reist spørsmål om det har skjedd slike utvidelser som forutsetter godkjenning. Når det gjelder begrepet utvidelse, er det

uttalt følgende i forarbeidene om begrepet i oppdrettsloven § 3, jf. Ot.prp. nr. 85 (1992–93) side 7. Det heter her:

«Med utvidelse menes økning i oppdrettsmengde eller – volum som utgjør i størrelsesorden 10 % eller mer av det som var registrert eller etablert etter midlertidig lov om fiskeoppdrett m.v. av 8. juni 1973.»

På spørsmål herfra om definisjonen av begrepet i oppdrettsloven får noen betydning, har Mattilsynet svart at det ikke er angitt klart noe sted hva som er en utvidelse etter fiskeesykdomsloven, men at i praksis har utvidelser av produksjonsomfanget også etter fiskeesykdomsloven blitt betraktet som en utvidelse. I tillegg til utvidelser av produksjonsomfanget har Mattilsynet vist til at endringer i driftsformen og oppdrett av andre akvatiske arter utløser krav til søknad om godkjenning.

Jeg legger til grunn at Mattilsynet i sitt første svarbrev hit (9. mars 2004) i hovedsak har vurdert/tatt stilling til spørsmålene i forhold til søknaden om utvidelse fra 1,5 millioner settefisk til 2,4 millioner settefisk. Advokatens anførsler i klagebrevet hit må imidlertid forstås slik at han prinsipielt mener at det etablerte anlegget (med 1,5 millioner settefisk) ikke var avhengig av tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7. Mattilsynet har i et senere brev hit (18. juni 2004) presisert at det er et ufravikelig vilkår etter oppdrettsloven § 5 at anlegget får tillatelse til etablering etter etableringsforskriften § 5, tidligere fiskeesykdomsloven § 7. Etter det jeg kan se er det en viss uenighet mellom forvaltningsorganene på dette punkt. I svarbrevet hit 8. mars 2004 har Fiskeridirektoratet lagt til grunn at avslag fra sektormyndighetene ikke medfører at fiskerimyndighetene er juridisk bundet til å gi avslag etter oppdrettsloven, selv om dette i praksis blir gjort.

Ut fra ordlyden i fiskeesykdomsloven § 7 er det nyetableringer og utvidelser som trenger tillatelse. Jeg kan heller ikke se av forarbeidene til fiskeesykdomslovene at det er meningen at allerede etablerte anlegg krever spesiell godkjenning etter denne loven. As advokat synes derfor å ha rett i at tidligere etablerte/registrerte anlegg ikke trenger tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7. Slik foreliggende sak nå fremstår, finner jeg ikke grunn til å ta uttrykkelig stilling til om foreliggende anlegg med 1,5 millioner settefisk i seg selv krevde tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7, herunder om det har vært foretatt utvidelser som trenger godkjenning. Det synes imidlertid å være klart at søknaden om utvidelse fra 1,5 til 2,4 millioner settefisk krevde tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7. Fra Mattilsynets side er det under henvisning til veileder fra Landbruksdepartementet vist til at slike utvidelser i prinsippet tillates i de tilfeller anlegget tilfredsstillt kravene til førstegangs-etablering. På denne bakgrunn har man behandlet søknaden om utvidelse som en søknad om etable-

ring. Jeg kan ikke se at jeg på rettslig grunnlag kan reise innvendinger mot dette.

Oppdretsloven av 1985 medførte at klagerens anlegg ikke kunne fortsette driften uten konsesjon. Uavhengig av om det allerede etablerte anlegget var avhengig av egen tillatelse etter fiskeesykdomsloven § 7, medførte slik jeg ser bestemmelsen i fiskeoppdretsloven § 5 første ledd nr. 1, jf. settefiskforskriften § 4 første ledd bokstav a), at konsesjon ikke kunne gis dersom anlegget «vil volde fare for utbredelse av sykdom på fisk eller skalldyr». For å få saken tilstrekkelig opplyst er det etter min mening naturlig at fiskerimyndighetene innhentet fagmyndighetenes uttalelse om de enkelte vilkårene. Som påpekt fra Fiskeridirektoratets side er fiskerimyndighetene ikke bundet juridisk av fag-/sektormyndighetenes vurderinger. Fag-/sektormyndighetenes vedtak og vurderinger vil likevel normalt måtte tillegges stor vekt, noe også Fiskeridirektoratet synes å ha gjort ved klagebehandlingen 6. mai 2003. Slik jeg ser det må alle vilkårene i oppdretsloven § 5 første ledd være oppfylt for at fiskerimyndighetene kan gi konsesjon. Jeg legger til grunn at Fiskeridirektoratet ved sin behandling av saken la til grunn at heller ikke vilkåret om plassering i oppdretsloven § 5 første ledd nr. 3, jf. settefiskforskriften § 4 første ledd bokstav c), var oppfylt.»

Konsesjon til lokalfjernsyn

86.

Sak om konsesjon til å drive lokalfjernsyn – hensynet til kontinuitet og medieeierskaps-situasjonen i konsesjonsområdet

(Sak 2004–1646)

Bergensavisen Konsern AS klaget på et avslag på en søknad om konsesjon til å drive allment bakkesendt lokalfjernsyn i Hordaland. Konsesjonen var isteden tildelt TV Hordaland AS, som også hadde hatt konsesjonen den inneværende perioden.

Ombudsmannen uttalte at hensynet til kontinuitet vil kunne være et relevant og saklig moment ved tildeling av konsesjon til drift av lokalfjernsyn. Han viste til at hensynet til medieeierskap, mediekonkurranse og mediemangfoldet i konsesjonsområdet, må vurderes ikke bare etter medieeierskapsloven, men også ved konsesjonstildeling etter kringkastingloven. Ombudsmannen uttalte ellers at saken hadde etterlatt noe tvil med hensyn til om medieeierskaps-situasjonen i konsesjonsområdet var tilstrekkelig vurdert i konsesjonsavgjørelsene, men at han – etter den undersøkelsen han hadde gjort av saken – hadde kommet til at det ikke var holdepunkter for å si at skjønnsutøvelsen hadde vært så ensidig eller at vurderingen av relevante momenter var utelatt, at det

tilsa ugyldighet. Avslaget var heller ikke «klart urimelig».

Både Bergensavisen Konsern AS (BA) og TV Hordaland AS (TVHAS) søkte om konsesjon til å sende allment bakkesendt lokalfjernsyn i perioden 2003 til og med 2009 i konsesjonsområde 16 (Bergen og Omland) innen søknadsfristens utløp. Statens medieforvaltning avslo BAs søknad. Det ble samtidig orientert om at konsesjonen var tildelt TVHAS, som også hadde hatt konsesjon i området i perioden fra 1995 til og med 2002. Statens medieforvaltning la til grunn at både BA og TVHAS oppfylte kravene som ble stilt til økonomisk grunnlag for å få konsesjon og at begge også i forhold til andre relevante momenter, fremsto som kvalifiserte. Det var imidlertid lagt stor vekt på at TVHAS allerede hadde foretatte investeringer og hensynet til eksisterende arbeidsplasser. Kultur- og kirkedepartementet (KKD) opprettholdt etter klage avslaget.

Det fremgikk av saken at BA var eid av Storbyavisene AS med 79,6 % av aksjene og av Frank Mohn med 20,4 % av aksjene. Storbyavisene AS var 100 % eiet av mediekonsernet A-pressen ASA. TVHAS var eiet av Bergens Tidende AS (BT) med 75 % etter et erverv i oktober 2000 av 56,25 % av aksjene. TV Norge eide 25 % av aksjene. BTs erverv i oktober 2000 hadde vært vurdert av Eierskapstilsynet, jf. lov om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting 13. juni 1997 nr. 53 § 9. Tilsynet konkluderte i et vedtaksnotat med at vilkårene for inngrep var oppfylt, men at det likevel – etter en konkret vurdering – ikke var grunn til å gripe inn.

I klagen til ombudsmannen hevdet BA at KKD tolket kringkastingforskriften 28. februar 1997 nr. 153 § 7–5 feil når det ble lagt til grunn at det skulle tas hensyn til foretatte investeringer og sikring av arbeidsplasser. Det var også feil at disse forhold skulle tillegges «stor» vekt. Det ble anført at det riktignok fulgte av forskriften at det skulle legges «særlig vekt» på søkerens faglige og økonomiske forutsetninger og «særlig vekt» på om søkeren tok sikte på å etablere et lokalt allmennfjernsynstilbud m.v., men at det ikke gikk frem at det skulle legges «særlig vekt» på om «vedkommende konsesjonær har overholdt lov, forskrifter og konsesjonsvilkår for lokal-kringkasting». Det ble hevdet at det er en lovanvendelsesfeil når KKD la til grunn at det er en sammenheng mellom forskriftens formulering vedrørende overholdelse av konsesjonsvilkår og regelmessige sendinger og det forhold at foretatte investeringer og sikring av eksisterende arbeidsplasser må vektlegges. Det ble også hevdet at det er en lovanvendelsesfeil når KKD mener hensynet til foretatte investeringer og sikring av eksisterende arbeidsplasser skal tillegges «stor» vekt.

BA anførte også at KKD hadde foretatt en uriktig avgrensning av de premisser som skulle vurderes ved konsesjonstildelingen. Etter BAs oppfatning

hadde myndighetene en plikt til å vektlegge hensynet til mediemangfold og medieeierskap. BA mente videre at Eierskapstilsynets vedtak måtte forstås slik at tilsynet overlot til konsesjonsmyndighetene å ta stilling til spørsmålet om mediekonsentrasjon ved fremtidig konsesjonstildeling. Det ble vist til at konsekvensen av departementets vurderinger var at ingen ansvarlige myndigheter tok stilling til spørsmålet om mediekonsentrasjon. At hensynet til mediemangfold skulle tillegges vekt ved tildeling av konsesjon til begrensede frekvensressurser fulgte av formålet med kringkastingen, etterfølgende uttalelser fra konsesjonsmyndighetene, forvaltningspraksis og juridisk teori. Det fulgte ellers uttrykkelig av utlysningsteksten for riksdekkende radiokonsesjon at departementet ville vektlegge hensynet til medieeierskapsloven, og det var etter BAs oppfatning ikke noen grunn til at departementet skulle se bort fra dette hensynet ved tildeling av konsesjon til lokal fjernsyn. Det ble videre vist til at hovedmotivet for forvaltningens avveining skal være å fremme lovens formål. Det ble anført at hensynet til kontinuitet verken fremmer eller motvirker formålet i kringkastingen med forskrifter. Hensynet til ytringsfrihet, herunder til mediemangfold, må derimot antas å fremme formålet, jf. St.meld. nr. 57 (2000–2002). Det samme argumentet måtte ifølge BA gjelde når det gjaldt hensynet til konkurranse i mediesektoren.

KKD ble i brev herfra bedt om å redegjøre for Eierskapstilsynets oppgaver og vurderinger i saker om mulige inngrep ved overtakelse av eierandeler i medieselskaper. Det ble videre bedt redegjort for betydningen av den aktuelle medieeierskapsposisjonen ved vurderingene av og beslutningene om henholdsvis konsesjonstildeling og avslag på søknad om konsesjon. KKD ble dessuten spurt om sitt syn på om Eierskapstilsynet hadde bedt om, eller forutsatte, at BTs forholdsvis sterke medieeierskapsposisjon regionalt ble gjort til gjenstand for en nærmere vurdering ved konsesjonstildelingen, og at KKD tilkjennega om medieeierskapsposisjonen i BT var vektlagt ved vurderingen av avslaget overfor BA og i så fall antydningssvis i hvilken grad. I tillegg ble det bedt om KKD's syn på anførselen i klagen om at et viktig hensyn falt mellom «to stoler» ved at medieeierskapet verken fikk betydning ved Eierskapstilsynets vurdering av inngrep i BTs aksjeerverv eller ved vurderingene i konsesjonssaken.

KKD ble også bedt om å utdype begrunnelsen for å legge vekt på hensyn til kontinuitet, og presisere hvordan dette hensynet i favør av TVHAS ble avveiet mot hensynet til medieeierskapsposisjonen i området. Departementet ble bedt om å grunngi hvorfor Stortingets uttalelser knyttet til lokalradio om å «legge vekt på tidligere virksomhet» i Innst. S. nr. 190 (1994–1995) har stor overføringsverdi for lokal fjernsyn. Videre ble det bedt orientert om de vurderinger som lå til grunn for at det i utlysningsteksten 12. juli 2001 og tilhørende orientering var vist til at

det ville «bli lagt vekt på om søkeren har hatt konsesjon i inneværende konsesjonsperiode» og om konsesjonæren hadde «hatt regelmessige sendinger». Det ble bedt om merknader til at vektlegging av hensynet til kontinuitet ved utlysningen og avgjørelsen av lokal fjernsynskonsesjonen kunne synes å stå i kontrast til KKD's argumentasjon for tildeling av konsesjon i P4-saken. I den grad ulikheten i argumentasjonen knyttet seg til reelle forskjeller mellom radio og TV og mellom riksdekkende og regionale/lokale sendinger, ble dette bedt forklart nærmere.

KKD svarte at søknader om konsesjon til kringkasting, herunder lokalkringkasting, i utpreget grad er basert på et skjønn. Det ble bekreftet at eierskap i mediene generelt må anses som ett av flere relevante og saklige hensyn som må tas i betraktning ved tildeling av konsesjoner. KKD mente hensynet er mest relevant i de situasjoner der to eller flere søkere enn eierskap er vurdert, og viste til at det i saken her forelå andre forhold som medførte at hensynet til eierskap ikke hadde den samme tyngden som det ellers kunne hatt.

Når det gjaldt betydningen av Eierskapstilsynets vedtaksnotat i konsesjonsvurderingen, ble det vist til at tilsynets mandat er å vurdere om oppkjøp og sammenslåinger kan føre til eierskapskonsentrasjoner som er i strid med lovens formål, som er «... å fremme ytringsfriheten, de reelle ytringsmuligheter og et allsidig medietilbud.» Det ble vist til at siden nyetableringer og konsesjonstildelinger ikke omfattes av Eierskapstilsynets mandat, jf. Ot.prp. nr. 30 (1996–97), er tilsynets synspunkter på konsentrasjon av eierskap i et geografisk område ikke avgjørende for konsesjonsmyndighetenes skjønnsutøvelse. Slike synspunkter kunne etter KKD's syn likevel være ett av flere momenter som kan tillegges vekt. For øvrig hadde ikke KKD oppfattet det slik at Eierskapstilsynet ba om, eller forutsatte, at departementet skulle vurdere BTs oppkjøp og eierskapsposisjon. KKD leste tilsynets notat dit hen at tilsynet mente konsesjonsmyndighetene måtte stå fritt ved konsesjonsspørsmålet og ikke være bundet av de særlige hensynene tilsynet er satt til å vurdere. På bakgrunn av KKD's forståelse av Eierskapstilsynets beslutning anså departementet heller ikke at tidspunktet for tilsynets beslutning kort tid før konsesjonsavgjørelsen var av spesiell betydning.

KKD bekreftet ellers at eierskapsposisjonen i BT hadde vært vurdert. Til BAs anførsel om at et viktig hensyn hadde falt mellom «to stoler» ved ikke å ha fått betydning verken ved Eierskapstilsynets vurdering av inngrep i aksjeervervet eller ved konsesjonsvurderingen, anførte KKD at dette ikke var riktig. Eierskapstilsynet hadde unnlatt å gripe inn med den begrunnelse at et inngrep ville virke urimelig på grunn av praksis på området. KKD hevdet at Statens medieforvaltningen måtte kunne gjøre tilsynets vurdering til sin, ved at den med den samme begrunnelse

se fant det urimelig ikke å tildele konsesjon. Det ble også vist til Eierskapstilsynets notat der det ble gitt uttrykk for at det kunne synes som TVHAS' betydning som informasjonskanal og ytringskanal var begrenset og at ervervets betydning for lovens formål derfor ville bli relativt liten.

Hensynet til kontinuitet var vektlagt bl.a. som følge av Stortingets behandling av St. meld. nr. 24 (1994–95) om nærkringkasting der det i Innst. S. nr. 190 (1994–95) gikk frem at Stortinget hadde vist til at det ved behandlingen av konsesjonssøknader om nærradio skulle legges vekt på tidligere virksomhet, bl.a. av økonomiske årsaker. I samme melding gikk det også frem at Stortinget mente at lokalfjernsynet – i hovedsak av økonomiske grunner – måtte få bedre og mer stabile rammebetingelser. KKD viste til den generelt dårlige økonomisk situasjon i bransjen og at TVHAS hadde hatt negativt resultat i hvert år i foregående periode med unntak av år 2000. KKD mente resultatene tilsa at TVHAS' virksomhet burde få fortsette slik at eierne ble gitt mulighet til å få en rimelig avkastning. Saken kunne ellers ikke sammenlignes med P4-saken da P4s virksomhet hadde generert et betydelig overskudd til eierne. I tillegg hadde Kanal4 vært den klart best kvalifiserte søkeren. Hensynet til kontinuitet var vurdert i P4-saken, men hensynet var tillagt mindre vekt bl.a. av de nevnte årsakene.

BA kom tilbake til saken og bestred at hensynet til medieeierskap var mest relevant hvor to eller flere søkere fremstod som relativt likeverdige. Hensynet var etter BAs oppfatning et av de sentrale hensyn som skulle vært vektlagt i den grunnleggende vurderingen av søkerne. Dersom hensynet hadde vært vurdert og vektlagt slik det skulle, ville ikke søkerne blitt sett på som likeverdige. Det ble vist til at både Statens medieforvaltnings vedtak og KKD's vedtak etterlot tvil om hensynet til medieeierskap overhodet var vurdert eller tilstrekkelig vurdert. BA fastholdt at Eierskapstilsynets vedtak måtte forstås dit hen at tilsynet overlot til konsesjonsmyndighetene å ta stilling til spørsmål om mediekonsentrasjon ved fremtidige konsesjonstildelinger. Det ble også fastholdt at saken illustrerte hvordan forholdet mellom Eierskapstilsynet og konsesjonsmyndighetene førte til en inkonsekvent praktisering av regelverket i strid med formålet i kringkastingsloven. Når det gjaldt TVHAS' økonomi, ble det anført at styret våren 2001, dvs. like før konsesjonsperioden løp ut, besluttet å investere 4,4 millioner kroner i nytt produksjonsutstyr og 7 millioner kroner i tilknytning til ombygging og digitalisering ved samlokalisering av driften til TVHAS og BT.

KKD fikk brevet oversendt og hevdet i nytt brev at det ikke var gjort en korrekt gjengivelse av de vurderinger som var gjort med hensyn til betydningen av medieeierskap ved konsesjonstildelingen. KKD presiserte at det skal sees hen til medieeierskap ved vurderingen av hvem som etter en bred vurdering

bør tildeles konsesjon. Når det gjelder saken her spesielt, hadde imidlertid andre lovlige hensyn hatt større tyngde. Grunnleggende hensyn til medieeierskap og lokalt mangfold er ellers tatt ved vurderingen av om TVHAS kunne tildeles konsesjon etter eierreglene i forskriftens § 7–11. Det ble vist til at de politiske myndigheter er opptatt av å sikre økonomisk levedyktige aktører innen lokal-tv-virksomhet, og at det i denne saken hadde fått stor betydning.

Det var deretter ytterligere brevveksling med partene.

I min avsluttende uttalelse hadde jeg i hovedsak følgende merknader:

«Min undersøkelse av saken har vært konsentrert om to forhold; vektleggingen av hensynet til medieeierskap og mediekonsentrasjonen i konsesjonsområdet, og lovligheten av å legge stor (avgjørende) vekt på hensynet til kontinuitet.

Medieeierskap og mediekonsentrasjon

1. BT eier 75 % av aksjene i TVHAS etter oppkjøpet i oktober 2000. Eierskapstilsynet besluttet i vedtaksnotat 20. mars 2001 ikke å gripe inn i BTs erverv av aksjene i TVHAS. Tilsynet mente at ervervet var i strid med medieeierskapslovens formål og at det da «som hovedregel skal foretas inngrep». Når det likevel ikke ble grepet inn var det – etter det som fremgår – fordi det mønster at avishus har konsesjon til fjernsynsdrift, er etablert gjennom offentlig myndighetsutøvelse. Dersom det ble grepet inn i denne saken ville det lett kunne oppfattes som en urimelig forskjellsbehandling. At Eierskapstilsynet hadde anledning til å beslutte å la være å gripe inn selv om det var adgang til det, følger av lov om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting 13. juni 1997 nr. 53 § 9 første ledd om at eierskapstilsynet «kan» gripe inn. I Ot.prp. nr. 30 (1996–97) s. 31 er det således vist til at departementet mente inngrepshjemmelen bl.a. bare burde brukes i forbindelse med erverv av en viss betydning for lovens formål.

I foreleggelsen ble det bedt om KKD's syn på om Eierskapstilsynet hadde bedt om eller forutsatt at BTs eierskapsposisjon regionalt ble gjort til gjenstand for en nærmere vurdering ved konsesjonstildelingen. KKD har i svarbrevet opplyst at departementet forsto Eierskapstilsynets vedtaksnotat dit hen at tilsynet mente konsesjonsmyndighetene måtte stå fritt ved konsesjonsspørsmålet, og ikke være bundet av de særlige hensynene som tilsynet er satt til å vurdere. KKD redegjorde i brevet også for Eierskapstilsynets mandat og viste til at tilsynet ikke har noen form for instruksjonsmyndighet i forhold til spørsmål som ligger under departementets myndighetsutøvelse. På bakgrunn av den redegjørelsen som KKD har gitt, sammenholdt med det som ellers fremgår om Eierskapstilsynets funksjon og rettslige stilling, har jeg ikke rettslige innsigelser til den vurdering de-

partementet har gjort av det generelle forholdet mellom Eierskapstilsynets oppgaver og de lignende vurderingene som må foretas i konsesjonssakene. Jeg har i den forbindelse også merket meg pressemeldingen som ble sendt ut fra Eierskapstilsynet da tilsynet hadde fattet sin beslutning, der det fremgikk:

«Eierskapstilsynet er av den oppfatning at staten gjennom utforming av regelverket for konsesjon til lokal-TV bør ta stilling til om, og i tilfelle på hvilke vilkår, avishus skal kunne ha konsesjon til lokal-TV innenfor sitt dekningsområde.»

Jeg oppfatter vel dette slik at Eierskapstilsynet mente KKD burde se nærmere på spørsmålet generelt og at tilsynet ikke mente å gi uttrykk for i hvilken grad medieeierskaps situasjonen skulle få betydning i forhold til spørsmålet om TVHAS skulle tildeles fornyet konsesjon for området. Jeg nevner imidlertid – for ordens skyld – at Eierskapstilsynet ikke er blitt tilskrevet herfra med spørsmål om hva som lå i tilsynets formuleringer om dette. I Eierskapstilsynets årsmelding for 2002 fremgår ellers (s. 5):

«Eierskapstilsynet grep ikke inn overfor Bergens Tidendes oppkjøp av TV Hordaland i 1999, selv om vilkårene for inngrep etter loven var oppfylt. Begrunnelsen var at det gjennom konsesjonstildelingen har dannet seg et mønster der den dominerende avisen eier det regionale fjernsynsselskapet, og at man ikke kan ha et system der staten på den ene siden gir konsesjon til aviser for drift av privat fjernsyn i sitt nedslagsfelt, og på den andre siden forbyr de samme avisene å kjøpe private fjernsynsselskaper i sitt nedslagsfelt. Tilsynet oppfordret de statlige myndigheter til en avklaring.

I mediemeldingen (anm: St.meld. nr 57 (2000–2001) I ytringsfrihetens tjeneste) holder myndighetene fast på dagens praksis, og begrunner dette blant annet ut i fra avishusenes *ønske* om å utvikle seg til multimediebedrifter. Kultur- og kirkedepartementet fornyet i 2002 lokal-TV-konsesjonen til Bergens Tidende og ga Adresseavisen konsesjon til å drive både lokal-TV og lokalradio i Trondheim.»

2. Det følger av kringkastingsloven 4. desember 1992 nr. 127 § 2–1 annet ledd at KKD (Statens medieforvaltning) gir konsesjon til drift av lokal fjernsyn. Forskrift om kringkasting 28. februar 1997 nr. 153 har i kapittel 7 nærmere regler om konsesjonstildelingen. Forskriftens § 7–5 sier noe om hvilke hensyn som skal vektlegges, men det er enighet om at konsesjonsmyndigheten også kan vektlegge andre hensyn, herunder hensynet til medieeierskap og mediekonsentrasjonen og konkurransesituasjonen i et konsesjonsområde. BA har anført at myndighetene ikke bare kan vektlegge disse hensynene, men at de også har en plikt til å se hen til dem. Det anføres at hensynet til ytringsfriheten, herunder sikringen av mediemangfold i lokale mediemarkeder, må anses å

ligge innenfor medie- og kulturpolitiske målsettinger og derfor skal tillegges stor vekt ved anvendelse av reglene i kringkastingsloven med forskrifter. Det er anført at dette også følger av etterfølgende uttalelser, forvaltningspraksis og juridisk teori.

KKD ble i foreleggelsen særlig bedt om å kommentere om medieeierskap i dagsaviser generelt sett er et relevant og saklig hensyn ved konsesjonsvurderingen. Departementet har i svaret vist til at:

«.Som departementet har redegjort for, anser vi at hensynet til medieeierskap generelt må anses som ett av flere relevante og saklige hensyn som må tas i betraktning i forbindelse med tildelinger av konsesjoner til å drive kringkastingsvirksomhet. For lokalkringkasting er det gitt konkrete bestemmelser om tillatt eiersammensetning i selskaper som søker lokalkringkastingskonsesjon, jf kringkastingsforskriften § 7–11. Disse bestemmelsene kom inn i forskriften etter Stortingets behandling av Inst. S. nr 190 (1994–95), jf St. meld. nr. 31 (1994–95) om eierskap i nærkringkasting. Bestemmelsene var en første oppfølging av Eierskapsutvalgets innstilling NOU 1995:3, Mangfold i media, og som lov om medieeierskap er en videre oppfølging av. Både eierskapsbestemmelsene i kringkastingsforskriften og medieeierskapsloven har til formål å ivareta hensynet til eierspredning og mediemangfold. Et visst hensyn til mediemangfold er derfor allerede tatt i vurderingen av om en søker kan tildeles lokalkringkastingskonsesjon. I tillegg kan man hensynte medieeierskap ved vurderingen av hvem som etter en bred vurdering bør ha konsesjon. Kvalitative forskjeller mellom søkerne har følgelig ikke i seg selv betydning for i hvilken grad medieeierskap har status som et relevant hensyn. Det må imidlertid være klart at hensynet til medieeierskap relativt sett får større betydning for utfallet av konsesjonsmyndighetenes skjønn når søkerne ellers står relativt likt.»

Når det gjelder den konkrete vurderingen som ble gjort i dette tilfelle, forstår jeg KKD dit hen at departementet mener Statens medieforvaltning fant å kunne gjøre Eierskapstilsynets vurdering til sin, men at det for så vidt ble foretatt en vurdering i den forbindelse. At en henvisning til mulig usaklig forskjellsbehandling kan få betydning i begge relasjoner, kan i seg selv ikke gi grunnlag for rettslige innsigelser fra min side. Jeg nevner imidlertid at medieeierskapskonstellasjonen i området, må være et relevant og saklig hensyn i konsesjonsvurderingen. Slik sett er det deler av samme vurdering som skal gjennomføres i to omganger. Hensynet til mediekonsentrasjonen og eierforholdene vil likevel ikke være mer enn ett av flere hensyn som det må sees hen til. I en konsesjonsvurdering vil det således være en bredere vurdering som skal foretas enn i saker etter medieeierskapsloven. I uttalelsen i P4-saken, inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 233 flg., påpekte jeg at de hensyn som medieeierskapsloven skal fremme; ytringsfriheten, de reelle ytringsmuligheter og et allsidig medietilbud, jf. lovens § 1, vil

være relevante og etter sin karakter av stor betydning både ved overdragelse av eierandeler og ved tildeling av konsesjon til en riksdekkende reklamefinansiert radio. I P4 saken viste jeg imidlertid også til at selv om hensynet til medieeierskap er et relevant moment ved konsesjonstildelingen, strekker neppe betydningen av forholdet seg lengre enn til å se hen til at eierkonstellasjonene ved valget av en bestemt konsesjonær på grunn av bestemte dominerende eiere, kan bli ansett for å være lite ønskelig. Reelt sett gjelder nok dette desto mer på regionalt plan og for fjernsyn.

Statens medieforvaltnings vedtak og KKD's vedtak etterlot begge betydelig tvil med hensyn til om mediekonsentrasjonen i konsesjonsområdet var blitt vurdert ved konsesjonstildelingen. Av den grunn må det ha fremstått som nærliggende at BA ønsket å gå videre med saken. På bakgrunn av de undersøkelser jeg nå har gjort av saken, synes det likevel klargjort at KKD anser hensynet til mediekonsentrasjon som et relevant hensyn ved vurderingene også av konsesjonstildeling etter kringkastingsloven § 2–1, jf. forskriftens § 7–5. Det er videre blitt bekreftet at hensynet til mediekonsentrasjonen i konsesjonsområdet ble vurdert forut for tildelingen av konsesjon til TVHAS, men at hensynet likevel ble tillagt beskjeden betydning.

Mediekonkurransen og mediemangfoldet i Hordaland synes ellers godt dokumentert gjennom betenkningen (udatert) fra medieforsker Sigurd Allern ved Institutt for Journalistikk der det på side 7 og 8 gis en sammenfatning med hensyn til BT's posisjon i konsesjonsområdet. KKD har i redegjørelsen hit heller ikke presisert nærmere hvilke sider av hensynet til medieeierskap og mediekonsentrasjon som eventuelt ble vurdert eller om konsekvensen for mediemangfoldet i konsesjonsområdet ved å gi fornyet konsesjon til TVHAS, ble særskilt vurdert. I KKD's brev hit uttales derimot:

«Ut over å konstatere at det ikke forelå saksbehandlingsfeil ved Statens medieforvaltnings vedtak, gikk departementet ikke nærmere inn på de skjønsmessige vurderinger. Det er samtidig klart at departementet ikke kunne overse spørsmålet om eierskap med det fokus dette var gitt i klagen. Normalt ville da departementet også kommentert den skjønsmessige siden av vedtaket. Når det ikke ble gjort i det aktuelle tilfellet, var det kort og godt fordi den klare praksis på området gjorde dette overflødig.»

Ut fra dette, fremstår det som om hensynet til medieeierskap i svært liten grad ble sett hen til. Det er ellers en viss nærhet i tid mellom BT's oppkjøp i TVHAS i oktober 2000, Eierskapstilsynets vedtaksnotat og Statens medieforvaltnings vedtak i konsesjonssaken. Dersom tiden mellom saken for Eierskapstilsynet og konsesjonssaken hadde vært lengre, ville det – i hvert fall i utgangspunktet – kunne fremstå som riktigere for konsesjonsmyndighetene å

«fristille» seg fra Eierskapstilsynets vedtaksnotat, slik de langt på vei synes å ha gjort. Det kan slik sett spørres om KKD i samme grad kunne «fristille» seg fra de vurderinger som var gjort av tilsynet når tidspunktene rent faktisk var så vidt nære som her.

Det er imidlertid en rekke hensyn som er relevante og som skal vurderes i en slik konsesjonssak. KKD har redegjort for de vurderinger som ble foretatt i denne saken og bakgrunnen for at hensynet til kontinuitet ble tillagt avgjørende vekt slik saken for øvrig fremsto. Jeg har etter de undersøkelsene som har vært gjort herfra og med de presiseringene KKD har gitt, kommet til at skjønnsutøvelsen med hensyn til medieeierskap spesielt ikke har vært så ubalansert eller med så skjev vektlegging at det rokker ved gyldigheten av konsesjonsavslaget. Jeg har imidlertid – som nevnt – forståelse for den skepsis BA har hatt etter den administrative klagebehandlingen og før KKD utdypet sine vurderinger i forbindelse med undersøkelsene av saken herfra.

3. Departementet har vist til at Statens medieforvaltning måtte kunne se hen til Eierskapstilsynets vurdering om at et inngrep i medhold av medieeierskapsloven i lys av konsesjonspraksis ville virke urimelig, og komme til at det da ville være urimelig ikke å tildele TVHAS konsesjon. BA har til dette anført at et viktig hensyn synes å ha falt mellom «to stoler», ved at BT's sterke medieposisjon i konsesjonsområdet verken fikk betydning ved vurderingen etter medieeierskapsloven eller ved vurderingen etter kringkastingsloven med forskrifter. Langt på vei kan jeg si meg enig i den beskrivelse som gis av BA med hensyn til dette. De innsigelser Eierskapstilsynet hadde måtte ha relevans og vektlegges med en viss styrke i den om enn langt bredere skjønnsvurderingen konsesjonsavgjørelsene forutsetter. Reelt sett gjør de samme hensyn seg gjeldende både i forhold til inngrep og i forhold til konsesjonsavgjørelsene.

Jeg har ellers merket meg at det i Innst. S. nr. 142 (2001–2002) fra Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen til St.meld. nr. 57 (2000–2001) fremgår (s. 32):

«Et tredje flertall, alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti, mener det nå er nødvendig med en gjennomgang av de lovreglene som griper inn i eierforholdene i norske medier. Dette flertallet går inn for at eierskapslovens regler om eierskapsbegrensninger på det lokale og regionale nivå oppheves.»

I høringsnotat fra Kultur- og kirke departementet 9. januar 2004 om nye regler om eierskap i medier vises det til at Stortingsdebatten skal ha gjort situasjonen noe mindre klar. Departementet foreslår i høringsnotatet at ordningen med inngrep i eierskapskonsentrasjon på regionalt nivå opprettholdes, men at dagens skjønsmessige inngrepsadgang erstattes med regionale terskelgrenser kombinert med egne

multimediegrensar. KKD kommenterer i høringsnotatet (s. 36) også forholdet til konsesjonsreglene og uttaler at departementet vil vurdere endringer i regelverket for tildeling av lokale kringkastingskonsesjoner for å sikre at det ikke er motstrid mellom regelverkene. KKD viser bl.a. til at forslaget til endringer i medieeierskapsloven ikke i seg selv vil hindre at store regionale aviseiere får konsesjon til å drive lokalkringkasting i samme region.

Hensynet til kontinuitet

BA hevder at det var en lovanvendelsesfeil når hensynet til kontinuitet ble tillagt «stor» vekt. Jeg har ut fra en vurdering av de øvrige hensyn som gjorde seg gjeldende, og slik sakene lå an, kommet til at jeg neppe på rettslig grunnlag kan kritisere dette.

Hensynet til kontinuitet var også aktuelt i P4-saken. Jeg uttalte da (årsmeldingen for 2003 s. 233 flg.) at utgangspunktet etter mitt syn var at når loven legger opp til tidsbegrensede konsesjoner, jf. kringkastingsloven § 2–1, kan konsesjonsmyndigheten etter utløpet av en konsesjon som gir faktisk og/eller rettslig enerett til riksdekkende kringkasting ikke ut fra alminnelige forvaltningsrettslige regler i nevneverdig grad legge vekt på konsesjonærens tidligere forhold som sådan. Jeg uttalte dernest at den nærmere rettslige betydningen av hensynet til å ivareta økonomiske investeringer og arbeidsplasser mv., i sterk grad vil være avhengig av hvilke andre hensyn som er relevante. Videre uttalte jeg at hensynet til foretatte investeringer mv. ut fra alminnelige forvaltningsrettslige regler vil måtte være nokså marginalt i forhold til betydningen av siktemålet med en best mulig allmennkringkaster og (generelt sett) betydningen av de aktuelle medieeierkonstellasjonene knyttet til søkersekskapene. Når det gjaldt hensynet til å ivareta foretatte investeringer ved vurderingen av fornyelser av konsesjoner, understreket jeg at dette hensynet etter min mening var vesentlig viktigere i de situasjoner der det er på det rene at virksomheten i konsesjonsperioden ut fra innskutt kapital har gitt tap, og også kanskje der det sett ut fra risiko ikke har vært noen rimelig avkastning.

KKD har i svarbrevene vist til at saken her skiller seg fra P4-saken ved at det etter departementets oppfatning anses dokumentert at TVHAS' virksomhet har gått med betydelige underskudd i foregående konsesjonsperiode. KKD har vist til TVHAS' regnskaper i foregående konsesjonsperiode og at disse har gitt negativt resultatet hvert år med unntak av år 2000. Departementet har videre begrunnet hvorfor det ble funnet å kunne tillegge hensynet til kontinuitet i denne saken en større vekt enn i P4-saken ved å vise til Innst. S. nr. 190 (1994–95) s. 23 der en samlet Familie- kultur og administrasjonskomité uttalte at:

«Komiteen konstaterer at lokalfjernsynet har hamna i ei bakevje i ein bransje som elles er i sterk utvikling.

Komiteen viser til at lokalfjernsynet som medium har hatt store problem med å utvikle seg etter føresetnadene, og at det har vore vanskeleg å planleggja langsiktig drift.

Komiteen ser at fjernsynsproduksjon og -drift er langt meir kostnadskrevjande enn t.d. nærradio, samstundes som tevlinga frå nasjonale og internasjonale kanalar har auka mykje på 1990-talet.

Komiteen vil difor ha betre og meir stabile rammevilkår for norsk lokalfjernsyn. Komiteen er kjent med at den økonomiske situasjonen i dei fleste selskapa er kritisk, mange selskap har negativ eigenkapital og fleire har gått konkurs.»

Innstillingen ble avgitt ved behandlingen av (bl.a.) St.meld. nr. 24 (1994–95) om Nærkringkasting. KKD mener komiteens uttalelser gir klare føringer for at hensynet til kontinuitet skal tillegges vekt. Det er også vist til at den økonomiske situasjonen i lokalfjernsynene i det alt vesentlige er den samme nå som da meldingen ble behandlet. KKD påpeker at lokalfjernsyn er et medium som krever langt større investerings- og driftskostnader enn lokalradio.

Jeg har ikke avgjørende rettslige innsigelser til det KKD her har fremholdt med hensyn til den generelle relevansen og betydningen av hensynet til kontinuitet slik denne saken er opplyst.

Den konkrete vurderingen – skjønnsutøvelsen

Behandlingen av søknader om konsesjon til drift av lokalkringkasting er i utpreget grad preget av skjønn, bl.a. vil både kringkastingsfaglige og mediepolitiske vurderinger være sentrale. Disse forhold ligger innenfor kjerneområdet for KKD's diskresjonære kompetanse. Ombudsmannen kan bare i begrenset grad overprøve dette skjønnet, for eksempel dersom det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn eller hvis avveiningen av de ulike skjønnsmessige momentene har vært vilkårlige eller avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Min undersøkelse av saken har hatt som siktemål å bidra til å klargjøre om avslaget på BAs konsesjonssøknad og tilståelsen av konsesjon til TVHAS, har lidd av så vidt alvorlige feil. Så synes ikke å ha vært tilfellet.

Saken har etterlatt noe tvil med hensyn til om medieeierskapssituasjonen i konsesjonsområdet er blitt tilstrekkelig vurdert i konsesjonsavgjørelsene. Dette har igjen medført tvil om skjønnsutøvelsen har vært tilstrekkelig bred og om et forholdsvis sentralt moment som hensynet til medieeierskap, har vært vektlagt tilstrekkelig. Etter en gjennomgang av det KKD har anført om hvorfor konsesjonen til slutt ble tildelt TVHAS, har jeg likevel kommet til at jeg ikke har holdepunkter for å si at skjønnsutøvelsen har vært så ensidig eller har utelatt vurderinger av relevante momenter som kan tilsi at det kan være grunnlag for ugyldighet. Jeg har også kommet til at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at konsesjonsavslaget var «klart urimelig».

Emne- og stikkordsregister

Register over saker referert i meldingene for 1963–1977 og 1978–2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1977, Dok. nr. 4 (1977–78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003–2004) s. 308 flg. Registrene er også tilgjengelig via ombudsmannens nettside: www.sivilombudsmannen.no

Alminnelig forvaltningsrett, God forvaltningsskikk

Begrunnelsen

- i sak om disiplinærvedtak i fengsel 160
- i sak om renovasjonsavgift for fritidseiendom uten veirett 218
- i sak om tildeling av løyve for leiekjøring med snøscooter 303
- utformingen av Lånekassens klagenemnds begrunnelse 128

Enkeltvedtak

- skriftlighet 62, 148
- varighet 148

Habilitet/Inhabilitet

- bevillings- og bevilgningsmyndighet i samme organ 285
- for leder av kommunalt utvalg 248
- for ordfører ved kommuneplanbehandling . 244
- overordnet organs instruksjonsmyndighet og habilitet i senere klagesak 141

Informasjonsplikt

- ved omorganisering 104

Klage

- klagebehandlingen, omgjøring til ugunst i bidrags sak 147
- klagerett for odelsberettiget i sak om bo- og driveplikt 291

Kontradiksjon 132, 281

Nedtegning av opplysninger 78, 112

Offentliggjøring før underretning til part 107

Sakens opplysning 85, 88, 112, 281

Sen saksbehandling, foreløpig svar 62, 83, 135, 166, 284

Ugyldig vedtak

- nullitet eller angripelig 302

Underretningsplikt

- om klageavgjørelse i sak om soningsavbrudd 165

Utforming av vedtak 303

Veiledningsplikt

- om omsorgslønn 139

Arbeids- og tjenesteforhold

Arbeidsgivers styringsrett

- pålegg om å be brukere av kontoret om unnskyldning 109

Tilrettevisning

- brudd på lojalitetsplikten 100
- pålegg om å be brukere av kontoret om unnskyldning 109

Avgifter

Arveavgift

- beregning, andel av nettolignet sameie 206
- når boretten er testamentert til en annen enn eiendomsarvingen 208

Dokumentavgift

- dispensasjon, tilbakeskjøting av grunnbokshjemmel etter deling av jordbruks-eiendom 203

Renovasjonsavgift

- for fraflyttede eiendommer 217
- for fritidseiendom uten veirett 218

Vann- og kloakkavgift

- tilknytningsavgift, uforholdsmessige kostnader 281

Barnebidrag, se Underholdsbidrag

Billighetserstatning

Saksbehandlingen 135

Bo- og driveplikt

Boplikt på avsidesliggende eiendom 293

Klagerett for odelsberettiget i sak om utsettelse/fritak 291

Bygge- og plansaker

Barnas representant i det faste utvalget for

- plansaker 116

Deling av eiendom

- til uendret bruk 268

Dispensasjon

- forholdet mellom plan- og bygningsloven §§ 7 og 28–1 248
- forståelsen av «særlige grunner» 260
- fra avstand til nabogrense 260, 266
- fra kommuneplanens arealdel og forbudet mot bygging og fradeling i 100-metersbeltet 254
- fra reguleringsbestemmelse om utnyttelsesgrad 257

Erstatning

- for vannsig, kostnadsfordeling 276

Kommuneplan

- habilitet for ordfører ved kommuneplanbehandling 244

Reguleringsplan	
kommunens frie regulerings-/endringsrett ..	246
småhusplanens krav til bebyggelsens plas-	
sering og utforming	271
Dispensasjon	
Forholdet mellom plan- og bygningsloven §§ 7	
og 28–1	248
Fra avstand til nabogrense	260, 266
Fra dokumentavgift	
ved tilbakeskjøting av grunnbokshjemmel	
etter deling av jordbrukseiendom	203
Fra kommuneplanens arealdel og forbudet mot	
bygging og fradeling i 100-metersbeltet	254
Fra reguleringsbestemmelse om utnyttelses-	
grad	257
Dokumentavgift, se Avgifter	
EMK, se Menneskerettigheter	
Erstatning	
For rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser	237
For vannsig, kostnadsfordeling	276
Fengsel, se Kriminalomsorg	
Fiske og fiskeoppdrett	
Konsesjon	
for eksisterende settefiskanlegg	307
Forbrukerrådet	
Saksbehandlingen – kontradiksjon	132
Formannskap	
Møteoffentlighet	76
Førerkort	
Sperrefrist pga. gjentatt promillekjøring	154
God forvaltningsskikk, se Alminnelig for-	
valtningsrett, God forvaltningsskikk	
Helsevesen	
Uttestenging av pårørende fra institusjon	148
Innsyn, se Offentlighet	
Jurisdiksjon	
Norsk eller spansk jurisdiksjon ved krav om	
endring av barnebidrag	144
Kommuneplan, se Bygge- og plansaker	
Kommunestyre	
Beskyldninger mot kommunal arbeidstaker	
fremsatt i åpent kommunestyremøte	107
Fylkesmannens lovlighetskontroll	73
Konsesjon	
Etablering og drift av lokalfjernsyn	312
For eksisterende settefiskanlegg	307
Ved erverv av eiendom, vilkår om bosetting ...	296
Kriminalomsorg	
Disiplinærreaksjon	
beviskrav	160
Dublerte celler	157
Flermannsrom	157
Saksbehandlingen	
begrunnelsen i sak om disiplinærvedtak	160
underretning om klagevedtak i sak om	
soningsavbrudd	165
Kringkasting	
Konsesjon til å etablere og drive lokalfjernsyn	312
Landbruk	
Avkorting av produksjonstilskudd	
landbruksmyndighetenes plikt til selv-	
stendig prøving av vilkårene	288
Bo- og driveplikt	
boplikt på avsidesliggende eiendom	293
klagerett for odelsberettiget i sak om ut-	
settelse/fritak	291
Konsesjon	
vilkår om bosetting	296
Leger	
Tildeling av fastlegehjemmel	112
Ligning, se Skatt og ligning	
Menneskerettigheter	
Barns rettigheter	
barns rett til å bli hørt – barnas represen-	
tant i det faste utvalget for plansaker	116
Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning	
ileggelse av forbud mot å representere	
vareeier ved tollekspedisjon av varer	202
sperrefrist i førerkortsak	154
Ytringsfrihet	
for tjenestemenn	100
Motorferdsel i utmark	
Tildeling av løyve for leiekjøring med snø-	
scooter	303
Offentlighet i forvaltningen	
Innsyn	
før underretning til part	107
i dokumenter i tjenestemannssak	71
i dokument om lovovertrødelse	62
i logg over inn- og utgående e-post	58
i interne dokumenter	55, 60
på grunnlag av statsallmenningsloven	67
Journalføring	
logg over inn- og utgående e-post	58
Lovens virkeområde	
etterforskningsdokumenter benyttet av	
granskingskommisjon	65
Meroffentlighet	
dokument om lovovertrødelse	62
dokumenter i tjenestemannssak	71
etterforskningsdokumenter	65
interne dokumenter	55, 60
Møteoffentlighet	
i folkevalgte kommunale organer	73, 76
Partsinnsyn	
i tilsettingssak	78, 80
Saksbehandlingen	
hvordan dokument gjøres kjent	80
saksbehandlingstiden i klagesak	83
skriftlighet og saksbehandlingstid	62
Ombudsmannen	
Håndteringen av henvendelser fra ombudsman-	
nens kontor	218
Manglende svar på henvendelser fra ombuds-	
mannens kontor	284

Reguleringsplan, se Bygge- og plansaker	
Reindrift	
Rovvilterstatning	300
Renovasjonsavgift, se Avgifter	
Renter	
Dekning av kapitalkostnader for utlagte saks- kostnader i medhold av fvl. § 36	240
Erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser	237
Ved forsinket betaling av skattekrav	238
Sakskostnader	
Dekning av kapitalkostnader knyttet til utlagte sakskostnader	240
Etter varsel om politianmeldelse og erstat- ningsansvar	221
For Trygderetten	232
For ombudsmannen og fornyet forvaltningsbe- handling	226
Forholdet mellom fvl. § 36 og retten til fritt rettsråd uten behovsprøving	229
Klagebehandlingen, avslag på krav om saks- kostnader i ligningssak	235
Skatt og ligning	
Ligning	
endring av ligning til skattyters gunst mer enn tre år tilbake i tid	200
skatteplikt til Norge, forholdet mellom den tidligere ettårsregelen og skatteavtalens bostedsbestemmelser	195
skatteplikt til Norge, innleid støttepersonell til militære utenlandsoperasjoner	189
særfradrag for store sykdomsutgifter	185
Ligningsbehandling	
ligningskontorets manglende adgang til å ta opp overligningsnemndas vedtak til ny behandling	182
sakskostnader	235
tilleggsskatt	183
Renter	
ved forsinket betaling av skattekrav	238
Skjenkebevilling	
Ugyldig vedtak – nullitet eller angripelig	302
Sosiale tjenester	
Brukerstyrt personlig assistanse	138
Omsorgslønn	
veiledning om	139
søknad fremsatt i ettertid	139
Utskriving fra institusjon mot beboers vilje	151
Studiefinansiering, se Utdanningsstøtte	
Tilsetting	
Informasjon ved omorganisering	104
Kunngjøring	
intern utlysning	90
Partsinnsyn	
hvordan dokument gjøres kjent	80
innsyn i tilsattes søknad	80
nedtegnning av opplysninger	78
Saksbehandlingen	
intervju, av betydning for å belyse person- lige egenskaper	88
intervju, spørsmål om religiøs tilknytning mv.	84
merknader fra en søker ble ikke forelagt sakkyndige komité	85
nedtegnning av opplysninger	78
Tildeling av funksjon contra tilsetting i ny selvstendig stilling	93
Tilsetningsvedtaket	
forbigåelse av best kvalifisert søker	90
Tilskudd	
Til landbruket	
avkorting av produksjonstilskudd, land- bruksmyndighetenes plikt til selvstendig prøving av vilkårene	288
Trygd	
Renter	
erstatning for rentetap ved etterbetaling av trygdeytelser	237
Sakskostnader	
for Trygderetten	232
Underholdsbidrag	
Nedsettelse/forhøyelse	
anvendelse av gamle eller nye regler ved bidragsfastsetting	144
oppstart av næringsvirksomhet	146
Omgjøring til ugunst, saksbehandling ved klage	147
Utdanning	
Grunnskole	
utsatt skolestart	126
Utdanningsstøtte	
Rentefritak	
på grunnlag av sosialstønad	131
Utenlandsstudent	
krav om kunnskaper i norsk	128
Utlendingssaker	
Politisk asyl	
internflukt	179
seksuelle overgrep som forfølgelsesgrunn ..	172
Saksbehandlingen	
behandlingsform i Utlendingsnemnda	176
nemndleders kompetanse til alene å av- gjøre omgjøringsanmodning	172
saksbehandlingsrutiner i Utlendingsdirek- toratet	166
Sakskostnader	
forholdet mellom fvl. § 36 og retten til fritt rettsråd uten behovsprøving	229
Vann- og kloakkavgift, se Avgifter	
Ytringsfrihet	
For tjenestemenn	100

Lovregister

Lovregister over saker referert i meldingene for 1963–1977 og 1978–2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1977, Dok. nr. 4 (1977–78) s. 195 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003–2004) s. 343 flg. Registrene er også tilgjengelig via ombudsmannens nettside: www.sivilombudsmannen.no

I Lover

17.5.1814 Grunnloven		12.12.1975 nr. 59 Dokumentavgiftsloven	
§ 100	100	§ 3	203
18.8.1911 nr. 8 Skatteloven, se også		4.2.1977 nr. 4 Arbeidsmiljøloven	
26.3.1999 Skatteloven		§ 55 A	84
§ 17 tredje ledd	189, 195	28.4.1978 nr. 18 Forbrukertvistloven	
§ 77 nr. 4	185	§ 5	132
21.11.1952 nr. 2 Skattebetalingsloven		13.6.1980 nr. 24 Ligningsloven	
§ 31	238	§ 3–9	235
19.6.1964 nr. 14 Arveavgiftsloven		§ 9–5 nr. 1	182
§ 9	208	§ 9–6 nr. 2	200
§ 11 A	206	§ 9–8 nr. 2	182
10.6.1966 nr. 5 Tolloven		§ 9–11	235
§ 70	202	§ 10–2 nr. 1	183
18.6.1965 nr. 4 Vegtrafikkloven		13.6.1980 nr. 35 Rettshjelploven	
§ 24 a annet ledd	154	§ 13 første ledd	229
16.12.1966 nr. 9 Trygderettsloven		13.3.1981 nr. 6 Forurensningsloven	
§ 25	232	§ 30	217
10.2.1967 Forvaltningsloven		§ 34	217
§ 6 annet ledd	141, 244, 248	8.4.1981 nr. 7 Barnelova	
§ 11	139	§ 71	144
§ 11 a	83, 135, 166, 284	§ 75 første ledd	147
§ 13 første ledd	71, 107	19.11.1982 nr. 66 Kommunehelsetjeneste-	
§ 17 første ledd	78, 88, 112, 281	loven	
§ 17 annet ledd	78, 112	§ 4–2	112
§ 17 tredje ledd	281	4.3.1983 nr. 3 Tjenestemannsloven	
§ 20 annet ledd	80	§ 14 nr. 2	109
§ 24	160, 218	26.4.1985 nr. 21 Utdanningsstøtteloven, se	
§ 25	160, 218	Lånekasseforskriften 2003–2004	
§ 27	165	14.6.1985 nr. 68 Oppdrettsloven	
§ 28 første ledd	147, 291	§ 5	307
§ 34 annet ledd	257	14.6.1985 nr. 77 Plan- og bygningsloven	
§ 36	226, 229, 240	§ 7 første ledd	248, 254, 257, 260
§ 41	281	§ 9–1	116
19.6.1970 nr. 69 Offentlighetsloven		§ 22	246
§ 1	65	§ 20–6 annet ledd	268
§ 2 annet ledd	58	§ 28–1	248
§ 5 annet ledd	55, 60	§ 65 annet ledd	281
§ 5a	65, 71, 107	§ 70 nr. 2	260, 266
§ 6 første ledd	62	§ 101	276
§ 9	83	24.6.1988 nr. 64 Utlendingsloven	
31.5.1974 nr. 19 Konesjonsloven		§ 17 annet ledd	176
§ 9	296	§ 16	179
28.6.1974 nr. 58 Odelslova		§ 38 b	172, 176
§ 27 a	293	13.12.1991 nr. 81 Sosialtjenesteloven	
		§ 4–1	139

§ 4–2	138
§ 7–6	151
19.6.1992 nr. 60 Statsallmenningsloven	
§ 1–4	67
25.9.1992 nr. 107 Kommuneloven	
§ 31	73, 76, 107
§ 59	73
4.12.1992 nr. 127 Kringkastingsloven	
§ 2–1	312
12.5.1995 nr. 22 Universitetsloven	
§ 30 nr. 4	85
28.2.1997 nr. 19 Folketrygdloven	
§ 22–17 første ledd	237
17.7.1998 nr. 61 Opplæringslova	
§ 2–1 tredje ledd	126
26.3.1999 nr. 14 Skatteloven	
§ 2–1 fjerde ledd	189, 195
18.5.2001 nr. 21 Straffegjennomføringsloven	
§ 17 første ledd	157
§ 26	160
§ 40	160

II Kgl. resolusjoner

31.1.2003 Ikrafttredelse av nye regler for beregning av barnebidrag	144
--	-----

III Andre forskrifter og vedtekter

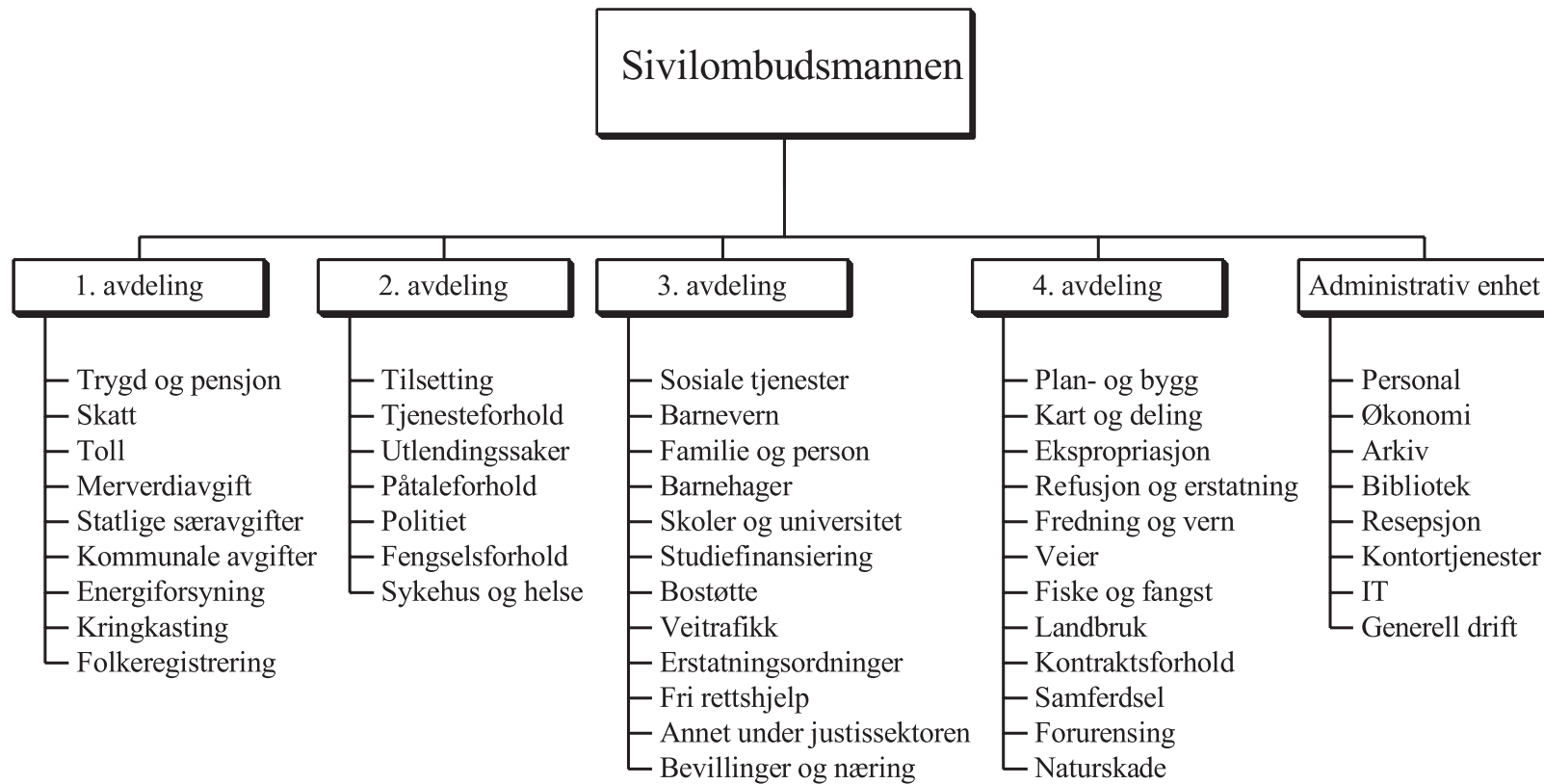
22.12.1978 Forskrifter om Markedsrådets og Forbrukerrådets behandling av forbrukertvister m.v.	
§ 5 tredje ledd	132
§ 9	132
21.11.1980 nr. 13 Partsoffentlighetsforskriften	
§ 3	78
15.5.1988 Forskrift for bruk av motor-kjøretøyer i utmark og på islagte vassdrag	
§ 5	303

20.3.1989 Bidragsforskriften	
§ 4	146
28.2.1997 Kringkastingsforskriften	
§ 7–5	312
4.5.2001 Forskrift om erstatning for tap og følgekostnader når tamrein blir drept eller skadet av rovvilt	300
22.2.2002 Forskrift til straffegjennomføringsloven	
§ 3–19	160
22.3.2002 Forskrift om produksjonstilskudd i jordbruket	
§ 12	288
14.11.2002 Forskrift om opptakskrav til grunnutdanninger ved universitet og høyskolar	
§ 4	128
15.1.2003 Forskrift om fastsetjing og endring av fostringstilskot	
§ 14	144
Lånekasseforskriften 2003–2004	
kap. V pkt. 4.1	128, 131

IV Konvensjoner

4.11.1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon	
art. 10	100
protokoll 7 art. 4 nr. 1	154, 202
16.9.1988 Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (Luganokonvensjonen)	
art. 2	144
art. 5	144
20.11.1989 Barnekonvensjonen	
art. 12	116

Sivilombudsmannens organisasjon pr. 31. desember 2004



Vedlegg 1b**Ombudsmannens kontor – personaloversikt**

Ombudsmannens kontor hadde per 31. desember 2004 følgende faginndeling og personalsammensetning:

Avdeling 1:

Kontorsjef: Bjørn Dæhlin
 Nestleder: Annicken E. Sogn
 Ass. kontorsjef: Hakon Huus-Hansen
 (delvis tjenestefri)
 Seniorrådgiver: Hans Christian Koss
 Seniorrådgiver: Bente Kristiansen
 Seniorrådgiver: Vibeke Woldseth
 Rådgiver: Sissel Fykse

Saksområde:

Se organisasjonskart s. 323

Avdeling 2:

Kontorsjef: Eivind Sveum Brattgard
 Nestleder: Ellen Nyhus
 Seniorrådgiver: Liv Asheim Leirvik
 Seniorrådgiver: Camilla Wohl Sem
 Rådgiver: Yeung Fong Cheung
 Rådgiver: Jo Høvik
 Rådgiver: Siv Nylenna
 Førstekonsulent: Geir Sunde Haugland
 Førstekonsulent: Ståle Hovda
 Kontorsjef: Harald Gram

Saksområde:

Se organisasjonskart s. 323

Avdeling 3:

Kontorsjef: Berit Sollie
 Nestleder: Mette D. Trovik
 Seniorrådgiver: Mentz Grieg
 Førstekonsulent: Kristian Brandt
 Førstekonsulent: Henriette Lund Busch

Saksområde:

Se organisasjonskart s. 323

Avdeling 4:

Kontorsjef: Kai Kramer-Johansen
 Nestleder: Annette Dahl

Seniorrådgiver: Bjørn Olav Aspelund
 Seniorrådgiver: Irene Jensen
 Rådgiver: Christian P. Gundersen
 Rådgiver: Stine R.B. Jarslett
 Rådgiver: Cecilie Karlson

Saksområde:

Se organisasjonskart s. 323

Administrasjonen:

Administrasjonssjef: Grethe Fjeld Heltne

Økonomi, personal, generell drift:

Rådgiver: Solveig Torgersen

Kontor- og resepsjonstjeneste:

Konsulent: Kari Woldsund
 (ombudsmannens sekretær)
 Konsulent: Torill H. Carlsen
 Konsulent: Rita B. Hafslund
 Konsulent: Kari Rimala
 Konsulent: Tony Blom Skugstad
 Konsulent: Ellen-Christine Wannemacher

Arkiv og bibliotek:

Arkivleder: Anne-Marie Svingum
 Konsulent: Annika Båshus
 Konsulent: Anne Kristin Larsen
 Konsulent: Elisabeth Nordby

*Følgende hadde per 31. desember 2004 permisjon fra sin stilling:

Seniorrådgiver: Anne Cathrine K. Dietz
 Rådgiver: Ole-Arne Linga
 Rådgiver: Hanne S. Nymoen
 Rådgiver: Ketil A. Sondresen
 Førstekonsulent: Tarjei Istad
 Konsulent: Gro W. Haugland

*Antall personer overskrider antall stillinger (årsverk) grunnet deltidsstillinger og langtidssykmeldinger.

Vedlegg 2**K o n g e r i g e t N o r g e s****G r u n d l o v ,**

**given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814,
saaledes som den er lydende ifølge siden foretagne
Ændringer, senest Grundlovsbestemmelse af 23 juni 1995 nr. 567.**

§ 75

Det tilkommer Stortinget:

a. -----

1. 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 virker i dens Tjeneste, for at søge at sikre at der ikke øves Uret mod den enkelte Borger;
-

Vedlegg 3**Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen**

av 22. juni 1962 nr. 8, 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.

§ 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 menneskerettighetene respekteres.

§ 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 tjenestepliktige,
- 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 rettsikkerheten 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.

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 rettergangslovens §§ 204-209 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 tilsettingsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann. Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyltig 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.

Blir 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 tilsetting 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 4**Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen**

Fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 i medhold av ombudsmannsloven § 2.
Ajourført med endringer, sist 2. desember 2003.

§ 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 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 opptas 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 ut-

arbeidet 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.

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, jf. § 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 5

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 forespørsler 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 forespørsler 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 undersø-

kelser ombudsmannen gjør, kan med andre ord munn 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 instruks til myndighetene. I praksis retter imidlertid myndighetene seg etter ombudsmannens henstillinger og anbefalinger.

Når det gjelder skjønsmessige 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 offentleg 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 uttrykkeleg lovregel kan leggjast fram for domstolane ved bruk av anke, klage eller anna rettsmiddel, til dømes ei utpanting eller eit trekkpåklegg 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 ønsker 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 Sivilombodsmannen

Som det går fram av avsnittet om klagebehandlinga, er det visse spørsmål ombodsmannen ikkje behand-

lar 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

OVDASÁNIT

Siviilaáittardeaddji lea Stuorradikki luohhtámušolmmoš.

Son iská leat go almmolaš eiseválddit meadán dahje vearrut dahkan ovttage vuostá. Bearráigeahččodoaibma lea vuosttažettiin váidagiid olis.

Dát čuvgehus oanehaččat oaivada Stuorradikki áittardeaddjiortnega, Siviilaáittardeaddji birra.

Dás čilgejuvvo maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat, mo váidaga ovddida ja mo áittardeaddji ja su mielbargit meannudit váidagiid.

Oslo borgemánus 2000

Arne Fliflet
Siviilaáittardeaddji

Makkár áššiiguin bargá Siviilaáittardeaddji?

Siviilaáittardeaddji sáhtášii gal iskat buotlágan áššiid ja diliid maid almmolaš eiseválddit leat meannudan ja mearridan. Nuppiin sániiguin gullá stáhta, fylkkagieldda ja gieldda hálddahus Siviilaáittardeaddji bargoviidodahkii. Váidagiid sáhtta ovddidit sihke eiseváaldeorgánaide (hálddašanorgánaide) ja virgeolbmuide dahje earáide geat barget hálddahusaovddas.

Priváhta nákkut eai gula bargoviidodahkii. Áittardeaddji ii sáhte omd. meannudit siidaguimmiid gaskasaš nákkuid, priváhta šiehtadangaskavuodaid riidduid dahje priváhta organisašuvnnaid váidagiid. Seamma gusto mángga háve dallege go almmolaš ásašusat eai doaimmat almmolaš válddi, muhto lea bealálaččat priváhtarievttálaš gaskavuodain.

Siviilaáittardeaddji ii ge sáhte meannudit

- áššiid maid Stuorradiggi ja Odeldiggi leat mearridan
- stáhtaráđi dahkan mearrádusaid
- duopmostuoluid doaimmaid, masa gullet vel hálddahuslaš dahkamušat mat leat biddjon duopmárvuorraide, ja mearrádusaid mat čielgasit láchkamearrádusain sáhttet ovddiduvvot duopmostuoluide guoddalemiin, váidimiin dahje eará riektegaskaomiin, ee. panten dahje geassingohččun bálkkás

- Riikadárkkástusa doaimma
- áššiid mat gullet Suodjalusa Áittardeaddjái ja Siivilla suodjalangeatnegasaid áittardeaddjái

Gielddalaš iešstivrejumi deasttas ii sáhte buot mearrádusaid maid gielddastivrrat ja fylkkadikkat dahket, ovddidit Áittardeaddjái.

Mo sáhtta Siviilaáittardeaddji oaivadit

Siviilaáittardeaddji ja su mielbargit addet dárbašlaš oaivadeami, ráđiid ja veahki vai sáhtta atnit Stuorradikki áittardeaddjiortnega. Áittardeaddji sáhtta muđui vástidit rievttálaš gažaldagaid mat gullet dihto váiddaáššái.

Váidda Siviilaáittardeaddjái - mii bat dat lea? Maid sáhtta váidit?

Son gii Siviilaáittardeaddjái váidá ávžžuha áittardeaddji iskat ášši dahje dilálašvuodaid maid hálddahus (almmolaš eiseválddit) lea meannudan/mearridan. Áittardeaddji mearrida lea go váidagis doarvái vuoddu dan meannudit.

Siviilaáittardeaddjái váidda ja bajit hálddašaneiseváldái váidda leat guokte sierranas ášši. Sus, gii bajit hálddašaneiseváldái váidá, lea dábálaččat vuoigatvuohta oázžut ášši/mearrádusa meannuduvvot odđasit bajit eiseválddis, ja váiddaorgána sáhtta de muhtit mearrádusa. Son, gii váidá Siviilaáittardeaddjái, ávžžuha áittardeaddji iskat ášši dahje hálddašandilálašvuoda ja de cealkit oaivilis dan hárrái mii iskademiin bohtá ovdan. Ii okta-

ge sáhte gáibidit ahte su váidaga galgá Áttardeaddji meannudit. Áttardeaddji ii ge sáhte muhttit hálddašanmearrádusaid.

Áttardeaddjái galgá váidda leat nu ahte sáhtta adnot leat vearrivuohtan sutnje gii váidá. Šattašii nu jus váidá go hálddašanmearrádus lea boastut, dahje eiseválddit leat ášši meannudan boasttu dahje bealuškeahces vuogi mielde. Son, gii oaivvilda ahte hálddahus lea láhtten deasttaheapmin, loavkideaddjin dahje eará čuohcideaddji láhkai, sáhtta dan váidit. Sáhtta maid váidit go hálddahus ii vástit jearaldagaid dahje eai daga áššiin maidege.

Goas sáhtta váidit Siviilaáttardeaddjái?

Siviilaáttardeaddji bearráigeahčču galgá leat maŋŋil buot earáid.

Dát mearkkaša ahte hálddahus galgá leat vejolašvuohta čorget ja loahpalaš mearrádusa áššis/dilálašvuođas dahkat, ovdal go váidá Áttardeaddjái. Jus hálddahus leat iežaset gozihan- ja bearráigeahččoortnegat, ferte dábálaččat váidagiid vuos dohko ovddidit.

Jus váidda gusto hálddašanmearrádussii, hálddahus lea maŋŋii alit ásahus, mii sáhtta dárkkistit mearrádusa. Dalle ferte dán váiddavejolašvuođa leat geavahan, ovdal go váidá Siviilaáttardeaddjái. Ovdamearkka dihte ferte oadjo-mearrádus dábálaččat leat váidon Oadjoriektái, ja jus lea huksenáššis dahje sosiáláššis sáhka, ferte mearrádus vuos leat váidon Fylkkamánnii. Jus dákkár váiddaáššis vel maŋŋil loahpalaš mearrádusa oaivvilda ahte lea boastut dahje vearrut dahkon, sáhtta váidit Siviilaáttardeaddjái.

Áššiin, main Gonagas (Ráđdehus) lea váiddaásahus, ii gusto njuolggadus ahte váiddavejolašvuohta alit hálddašanorgánii ferte leat adnon ovdal go sáhtta váidit Siviilaáttardeaddjái. Dát mearkkaša ahte go departementa vuosttas ásahussan lea dahkan mearrádusaid, de sáhtta váidit Áttardeaddjái vaikko ii leat vuos váidon Gonagassii.

Mii dás ovddabealde lea celkon, gusto vuostazettiin mearrádusváidagiidda. Dihto háviid sáhtta maid váidit Áttardeaddjái vaikko hálddahus ain lea ášši meannudeamen. Dát sáhtta omd. gustot ášši áigemeeriid birra (hiljis áššemeannudeapmi).

Váidaga áigemearri

Váidaga áigemearri lea jahki. Áigemeari rehenastá das rájes go hálddahus lea áššis loahpa-

laš mearrádusa dahkan dahje das rájes go váidaga lea ožžon. Áttardeaddji sáhtta datte dilálašvuođa meannudit, vaikko váidaga áigemearri lea meaddil, muhto dát dahkko dušše áibbas erenoamáš diliin.

Gii sáhtta váidit?

Juohkehaš gii oaivvilda iežas leat vásihan vearrivuođa dahje boastuvuođa almmolaš eiseválddiid beales, sáhtta váidit Áttardeaddjái. Váidái ferte datte alccesis leat čuohcan dát boastuvuohta dahje suostan maid váidá. Dábálaččai ii meannut áttardeaddji váidagiid dakkár áššiš mii dušše gusto nubbái.

Dattege sáhtta nuppi olbmo oázzut iežas ovdas sáddet váidaga. Dalle gal galgá son geasa ášši gusto, sáddet mielde fápmudusa. Organisašuvdna sáhtta váidit Áttardeaddjái ovttaskas miellahtu ovddas. Dalle berrešii miellahttu ge čállit vuollái váidaga, dahje berrešii bidjat mielde čálalaš fápmudusa.

Sis, geain lea váldon eret sin friddjavuohta, omd. geat leat giddagasas, lea vuoigatvuohta váidit Áttardeaddjái gitta reivviin, namalassii almmá ásahusa reivedárkkisteami haga.

Áttardeaddji gal maid sáhtta áššiid iskat jus ieš dan dáhttu.

Mo galgá váidaga čállit?

Váidda galgá leat čállon ja váidi galgá ieš leat dan čállán vuollái dahje jo eará gii váidis lea fápmudusa dasa ožžon. Dábalaš reive lea doarvái. Ii gáibiduvvo makkárga erenoamáš hámiid, earret ahte Áttardeaddjái sihkkarasto ahte váidi duodai lea son gean namuha iežas leat. Danne adno e-poasta dušše jearaldagaide ja čuvgehusaide iige váiddameannudeami vuodđun. Váidi berre váidagis čilget mii lea boastuvuohta dahje meattáhus ja áinnas mielde bidjat áššebáhpáriid jus ležžet.

Meannudeapmi lea nuvtta.

Áttardeaddji váiddameannudeapmi

Go lea čielggas ahte váidda gullá Áttardeaddji bargoviidodahkii, mearriduvvo lea go doarvái vuodđu meannudit váidaga. Dalle fuolaha áttardeaddji ahte ášši isko. Áttardeaddji mearrida man olu galgá iskat. Hálddahus ja váidis viežžá áššebáhpáriid, dieđuid ja cealkagiid dárbbu mielde.

Áttardeaddjis leat sullii 25 mielbargi geat leat

juristtat. Dasa lassin leat kantuvrras 10 bargi iešgudetge kanturdoaimmaiguin. Iskkademiid ferte dábálaččat ráddjet dasa ahte geahčada áššedokumeanttaid ja eará čálalaš ávdnasiid, muhto gii dan dáhttu sáhtta bivdit ságastallama dahje njálmmalaš konferánssa Áttardeaddjiin dahje su mielbargiiguin.

Fotogovaid, videofilmmaid js. sáhtta maid geavahit ášši čuvgemii. Dábálaččat ii fina áttardeaddji geahčadeamen báikki iige sáhte ieš dutkat belliid dahje vihtaniid.

Váidái mitaluvvo áššemanus ja Áttardeaddji meannudeami bohtosis.

Áttardeaddji galgá iskat áššiid objeaktiivvalaččat ja neutrálalaččat iige sáhte danne leat eiseválddiid ektui ovttage riikavuloža bealleovddasteaddjin, advokáhtan dahje doaimmaheaddjinn.

Maid sáhtta Áttardeaddji dahkat?

Áttardeaddji sáhtta cealkit oaivilis dilálašvuodaid birra mat gusket su bargoviidodahkii. Áttardeaddji dahkan iskkadeamit sáhttet nuppiin sániiguin loahpahuvtot eiseválddiide moaitámušain, ávžžuhusain dahje rávvagiin. Áttardeaddji sáhtta čujuhit ahte hálldašanorgána dahje virgeolmmoš lea meaddán dahje suostán. Son maid sáhtta ávžžuhit dan hálldašanorgána divvut meattáhusaid, suostamiid dahje bonjuvuodaid. Siviilaáttardeaddji ii sáhte ieš dahkat čatni mearrádusaid dahje muhttit hálldahusa dahkan mearrádusaid. Áttardeaddji ii ge sáhte addit rievttálaš čatni bargonjuolggadusaid eiseválddiide. Eiseválddit datte čuvvot áttardeaddji ávžžuhusaid ja rávvagiid.

Árvvošteaddji hálldašanmearrádusaid dáfus, lea Áttardeaddjis dušše ráddjejuvvon moaitinvejolašvuohta.

Áttardeaddji maid sáhtta fuomášuhttit lágaid, njuolggadusaid ja eiseváldgeavada váilliid.

Ii buot áššiid heive Siviilaáttardeaddjái iskat

Dábálaččat sáhtta Áttardeaddji dušše iskat dokumeanttaid ja eará čálalaš ávdnasiid. Son ii dutkka ovttage iige dábálaččat fina geahčadeamen báikkis.

Soames áššiid ii danne heive áttardeaddjái meannudit iige dain ovddidit cealkámuša. Dát lea ovdamearkka dihte dalle go lea dehálaš ahte fitná dan báikki geahčadeamen dahje njálmmálaččat čilgejuvvo, nu go soames áššiin giddodagaid ja soames buhtadangáibádusaid hárrái.

Dáhtošit go eanet diehtit Siviilaáttardeaddji birra?

Jus dáhtošit eanet diehtit Stuorradikki siviilaáttardeaddjiortnetga birra, sáhtát čállit dahje čuojahit Áttardeaddji kantuvrii. Áttardeaddjiid mielbargiiguin ferte njálmmálaš konferánssaid ovdagihtii šiehtadit.

Telefovna: 22 82 85 00

Ruoná nummir: 800 80 039

Telefáksa: 22 82 85 11

E-poasta: post@sivilombudsmannen.no

Ruovttusiidu:

www.sivilombudsmannen.no

Poastačujuhus: Poastaboksa 3 Sentrum, 0101 OSLO

Galledančujuhus: Akersgata 8, 6. geardi (uksa sisa Tollbugata)