



SIVILOMBUDSMANNEN

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8003 Dep
0030 OSLO

Vår referanse
2019/2256

Deres referanse
19/2580 EO TRR/bj

Vår saksbehandler
Elisabeth Fougner

Dato
02.12.2019

Hørings svar – NOU 2019:5 Ny forvaltningslov

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets brev 3. juni 2019. Nedenfor følger Sivilombudsmannens høringsuttalelse til NOU 2019:5 Ny forvaltningslov.

GENERELLE MERKNADER

Sivilombudsmannen har som ett av sine to mandater å «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger», jf. sivilombudsmannloven § 3. Arbeidsområdet omfatter hele den offentlige forvaltning, det vil si stat, kommuner og fylkeskommuner. Som del av arbeidet mottar og behandler ombudsmannen årlig cirka 3900 klagesaker som gjelder den offentlige forvaltningen, og tar også opp saker av eget tiltak og gjennomfører enkelte såkalte «systematiske undersøkelser» av forvaltningspraksis. Ombudsmannen har gjennom dette arbeidet en betydelig erfaring med gjeldende forvaltningslov og forvaltningsrettslige spørsmål, og det er særlig dette som danner grunnlaget for synspunktene i denne høringsuttalelsen. Mandatet gjør det også naturlig for ombudsmannen å gi uttrykk for synspunkter om sider ved forslaget som kan ha rettssikkerhetsmessige konsekvenser.

Ombudsmannen har i brev 14. oktober 2016 til Forvaltningslovutvalget redegjort for sine erfaringer med gjeldende forvaltningslov og gitt innspill om behov for endringer. Vi er fornøyd med at en rekke av de temaene som ble tatt opp er drøftet i utredningen, og at flere av de foreslåtte bestemmelsene i lovutkastet er i samsvar med innspillene ombudsmannen har gitt.

Forvaltningslovutvalget har levert en meget solid og grundig utredning, som blant annet gir en instruktiv og i hovedsak dekkende beskrivelse av gjeldende rett. Selve forslaget til ny forvaltningslov er språklig sett enklere og mer pedagogisk utformet enn gjeldende lov. Dette, samt at flere ulovfestede forvaltningsrettslige regler nå er foreslått tatt inn i loven, innebærer at regelverket er blir mer tilgjengelig både for private aktører og forvaltningen. Slik sett synes forslaget å bidra til en styrking av privates rettssikkerhet i møte med forvaltningen.

Når det gjelder selve *innholdet* i de reglene utvalget forslår, er derimot ombudsmannens inntrykk at forslaget ikke innebærer noen nevneverdig styrking av privates rettigheter eller rettsikkerhet. I hovedsak viderefører forslaget tilstanden under gjeldende lov. På noen områder strammes det også inn, blant annet gjennom forslag om å fjerne reglene om rett til sakskostnader og stramme inn på reglene om klagerett. Ombudsmannen kommer tilbake til disse forslagene nedenfor.

LOVENS VIRKEOMRÅDE, DEFINISJONER MV.

Unntak for visse institusjoner – § 3

Ombudsmannen er enig i at forvaltningsloven ikke bør gjelde for Sivilombudsmannen, slik ordningen også er etter gjeldende forvaltningslov.

Sivilombudsmannen er et organ for Stortinget, og ikke en del av forvaltningen. Videre passer mange av forvaltningslovens regler dårlig på den virksomheten ombudsmannen driver. Eventuelle tilpasninger av forvaltningsrettslige prinsipper bør derfor heller skje gjennom endringer i sivilombudsmannsloven. Vi viser til at utvalget som Stortinget nylig har nedsatt for å utrede Stortingets kontrollfunksjoner, også vil fremme forslag om ny sivilombudsmannslov som del av sitt arbeid, jf. stortingsvedtak 527 (2018–2019). Ombudsmannen har i denne prosessen blant annet spilt inn behov for å lovfeste mer utfyllende habilitetsregler for sivilombudsmannen og medarbeiderne, og også regler om klagerens rett til kontradiksjon og innsyn i ombudsmannens saksdokumenter.

Unntak for visse saker – § 4

Utvalget foreslår i § 4 andre ledd en ny bestemmelse om at det bare er forvaltningslovens regler om inhabilitet og taushetsplikt som skal gjelde i saker hvor forvaltningen handler på privatrettslig grunnlag.

Som eksempler på at forvaltningen handler på privatrettslig grunnlag, nevner lovutkastet tilfeller hvor forvaltningen inngår avtaler eller utøver eierrådighet. Etter ombudsmannen syn er den foreslåtte ordlyden uheldig, idet den kan gi inntrykk av at forvaltningen per definisjon anses å handle på privatrettslig grunnlag der avtaleformen benyttes eller forvaltningen har eierrådighet over de formuesgoder det disponeres over. Blant annet av spesialmerknadene til bestemmelsen på side 567 fremgår det at dette ikke er meningen; avtaler som tilfredsstillende definisjonen av «enkeltvedtak» faller f. eks. ikke inn under bestemmelsen. Etter ombudsmannens syn bør også selve ordlyden justeres for å reflektere dette. Et alternativ kan være å ta bort eksemplene fra teksten, idet disse uansett synes å gi nokså begrenset veiledning.

Utvalget legger til grunn at forvaltningen handler på privatrettslig grunnlag når den inngår avtaler om utføring av lovpålagte offentlige oppgaver. Ifølge utvalget innebærer dette blant annet at driftsavtaler i helsesektoren skal behandles som ordinære privatrettslige avtaler, i

motsetning til det som er tilstanden etter gjeldende rett. Utvalgets drøftelse av om det er grunn til å gi reglene om enkeltvedtak anvendelse for slike avtaler, er knyttet til tredjepersonene (tjenestemottakere mv.) som får realisert rettigheter, tilbud om ytelser mv. gjennom avtalepartens oppfyllelse av avtalen. Om det er naturlig å gi reglene anvendelse på selve *tildelingen* av driftsavtalen, er ikke nærmere vurdert. Ombudsmannen mener det ikke er åpenbart at forvaltningen handler på privatrettslig grunnlag ved tildeling av slike avtaler. Tildeling innebærer fordeling av et offentlig, begrenset gode og har en viss likhet med ansettelse. Dette bør vurderes nærmere i det videre arbeidet med loven. Herunder kan det være grunn til å vurdere om det for tildeling av slike avtaler bør gis særlige regler om saksbehandlingen tilsvarende de som gjelder for ansettelse i offentlige stillinger.

Ved enkelte avtaler som forvaltningen inngår på privatrettslig grunnlag, vil det etter ombudsmannens oppfatning uansett kunne være aktuelt å anvende spesifikke saksbehandlingsregler når krav til forsvarlig saksbehandling tilsier det. Se for eksempel ombudsmannens uttalelse 4. april 2018 (SOM-2017-2104) om spørsmål om klageadgang på avgjørelser fattet av Beslutningsforum for nye metoder.

Enkeltvedtaksdefinisjonen – § 6

Utvalget har drøftet mange av utfordringene som etter ombudsmannens erfaring er knyttet til dagens enkeltvedtaksdefinisjon. Ombudsmannen har ingen innvendinger mot den løsningen utvalget har falt ned på – at enkeltvedtaksbegrepet beholdes for avgjørelser som bør underlegges nærmere saksbehandlingsregler, uten å endre benevnelse eller lage andre egne regelsett for ulike beslutningstyper. Selv om enkeltvedtaksbegrepet ikke er intuitivt, er det i mange henseender godt innarbeidet i forvaltningen og kjent av borgerne/brukerne. Videre er det nærmere innholdet av definisjonen presisert og avgrenset i ulike retninger gjennom både rettspraksis, forvaltningspraksis og ombudsmannspraksis. Det synes likevel fornuftig at enkeltvedtaksdefinisjonen er noe omarbeidet for å gi større klarhet i hvilke avgjørelser som vil omfattes av begrepet.

Utvalget skriver at den foreslåtte definisjonen av enkeltvedtak vil få omtrent samme rekkevidde som etter dagens lov. Etter ombudsmannens syn bør det være en klar forutsetning for det videre lovarbeidet at en ny enkeltvedtaksdefinisjon ikke må innsnevre rekkevidden av enkeltvedtaksbegrepet eller på annet vis føre til at avgjørelser som etter gjeldende rett er enkeltvedtak, ikke lenger vil være det.

Etter forslaget til § 6 første ledd bokstav b vil enkeltvedtaksbegrepet omfatte avgjørelser om «tildeling eller opphør av pengeytelser med grunnlag i lov eller forskrift eller for øvrig etter fast ordning». Det er uttalt i spesialmerknadene på side 568 at bestemmelsen tar sikte på å videreføre praksis i tilknytning til gjeldende lov. Utvalgets begrunnelse for å avgrense mot tildelinger som ikke skjer etter «fast ordning», men er enkelttildelinger av mer tilfeldig karakter, er at det i slike tilfeller ikke er like stort behov for saksbehandlingsregler for å bidra til å unngå forskjellsbehandling. Ombudsmannen stiller spørsmål ved om en slik absolutt avgrensningen mot tildelinger som ikke skjer som ledd i en fast ordning, vil innebære en innsnevring av enkeltvedtaksbegrepet i forhold til gjeldende rett, og om det er tilstrekkelig

grunn til en slik absolutt avgrensning. Dersom dette skal være det avgjørende kriteriet i tilfeller hvor støtteordningen ikke er lov – eller forskriftsregulert – oppstår det også spørsmål om hvor terskelen ligger for å anse en ordning som «fast». Ombudsmannen etterlyser en nærmere vurdering av innholdet i dette kriteriet, og også av om det er rimelig og hensiktsmessig å benytte dette kriteriet som en absolutt avgrensning for når tildeling av økonomisk støtte skal regnes som enkeltvedtak.

Etter § 6 første ledd bokstav c omfatter enkeltvedtaksbegrepet også «tildeling eller opphør eller andre naturalytelser med grunnlag i lov eller forskrift». Tildeling av slike ytelser er i henhold til forslaget ikke enkeltvedtak om de (bare) tildeles etter «fast ordning». Selv om den foreslåtte bestemmelsen dermed trolig vil gi mindre grunnlag for tolkningstvil enn bestemmelsen som er foreslått for pengeytelser (jf. forrige avsnitt), stiller ombudsmannen spørsmål ved om det er grunn til å trekke grensen for hva som er enkeltvedtak så snevert som utvalget har foreslått. En slik avgrensning kan blant annet virke som et insentiv for forvaltningen til å avstå fra å forskriftsregulere tildelingen av denne type ytelser, noe som etter ombudsmannens syn vil være uheldig.

Av forslaget til § 6 første ledd bokstav d fremgår det at avgjørelser om avvisning skal behandles etter reglene som gjelder for enkeltvedtak, hvis ikke annet er fastsatt. Utvalget gir på side 422 uttrykk for at dette bare gjelder i tilfeller der realitetsavgjørelsen i saken ville ha vært et enkeltvedtak. Denne begrensningen fremgår ikke av selve lovforslaget. Ifølge utvalget er den imidlertid i samsvar med rettstilstanden under nåværende forvaltningslov.

Etter ombudsmannens syn er utvalgets forståelse av gjeldende rett ikke helt dekkende på dette punktet. Ombudsmannen har i sin praksis lagt til grunn at en avvisning også vil kunne være enkeltvedtak i tilfeller der den er begrunnet med at saken ikke gjelder et enkeltvedtak. Det vises til uttalelse 19. februar 2014 (SOM-2013-868), som gjaldt en sak der førsteinstansen hadde avvist en klage på et budsjettvedtak med den begrunnelse at klagerett ikke forelå fordi budsjettvedtaket ikke ble ansett å være et enkeltvedtak.

Som også utvalget har påpekt, er enkeltvedtaksbegrepet i en del tilfeller krevende for forvaltningen å forholde seg til. Det er ikke upraktisk at det oppstår tvil om en beslutning er et enkeltvedtak eller ei, og det vil utvilsomt oppstå slike spørsmål også med den enkeltvedtaksdefinisjonen som utvalget har foreslått. Ettersom spørsmålet er avgjørende for muligheten til å få saken klagebehandlet, vil det ha stor betydning for partens rettigheter. Gode grunner taler derfor for at parten skal kunne få prøvet underinstansens standpunkt om at saken ikke gjelder et enkeltvedtak, på linje med andre avvisningsgrunner. Dette bør derfor vurderes i det videre lovarbeidet. En mulig løsning kan være å gi klagerett i de tilfellene der klageren uttrykkelig anfører at saken gjelder et enkeltvedtak.

Utvalget skriver på side 422 flg. at avgjørelser om at en sak ikke vil bli innledet, eller at avgjørelse ikke vil bli truffet, ikke er enkeltvedtak. Det foreslås heller ikke nærmere saksbehandlingsregler eller noen alminnelig klagerett i forvaltningsloven for slike avgjørelser.

Den av utvalget forutsatte avgrensningen mot unnlaterelser er ikke kommet til uttrykk i selve lovforslaget. Ombudsmannen forstår imidlertid utvalget slik at det mener at dette følger direkte av den foreslåtte enkeltdefinisjonens vilkår om at det må dreie seg om en avgjørelse som er «bestemmende for rettigheter og plikter» for en eller flere bestemte privatpersoner. Etter ombudsmannens syn er ikke dette en fullt ut dekkende tolkning av ordlyden.

Etter ombudsmannens syn kan det tenkes at unnlaterelser i enkelte særlige tilfeller vil omfattes av enkeltvedtaksdefinisjonen etter både nåværende lov og utvalgets forslag. En slik forståelse av enkeltvedtaksbegrepet er også lagt til grunn av Justisdepartementets lovavdeling, se tolkningsuttalelse 8. mai 2001 (JDLOV-2001-2228), i Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg. 2011) side 67 og side 73–74, og i Graver, Alminnelig forvaltningsrett (4. utg. 2015) side 368–369. Selv om det klare utgangspunktet er at unnlaterelser ikke er å anse som enkeltvedtak, kan det tenkes situasjoner hvor både lovens ordlyd og reelle hensyn tilsier at en beslutning om ikke å agere, må anses som enkeltvedtak. Utvalget peker selv på tilfeller der forvaltningsorganet har plikt til å agere, og viser til at det her er større behov enn ellers for at avgjørelser om ikke å ta opp en sak bygger på et forsvarlig faktisk grunnlag. Det peker også på at det kan tenkes situasjoner hvor en unnlaterelse av å gripe inn bør kunne påklages.

Lovens anvendelse i saker om tilsetting, oppsigelse og avskjed av offentlige tjenestepersoner – § 7

Tilsettingsbegrepet som ble brukt i den nå opphevede tjenestemannsloven fra 1983, er i lov om statens ansatte fra 2017 erstattet med begrepet «ansettelse». Det er derfor et spørsmål om ordet «tilsetting» i § 7 første ledd bør erstattes med «ansettelse». Det samme gjelder i § 6 første ledd bokstav f.

ALMINNELIGE BESTEMMELSER OM SAKSBEHANDLINGEN

Kontakt fra den enkelte og digital kommunikasjon – § 13

Ombudsmannen støtter forslaget om å videreføre gjeldende regler om digital post. Forslaget om at forvaltningsorganet skal være tilgjengelig for at den enkelte skal kunne ta kontakt med organet på en «sikker og effektiv» måte, synes å være en forbedring sammenlignet med gjeldende rett.

Ombudsmannen ser samtidig at det kan by på utfordringer at forvaltningen ikke pålegges en *plikt* til å tilby løsning for elektronisk kommunikasjon. Blant annet kan det være knyttet rettssikkerhetsutfordringer til tilfeller der det tilrettelegges ulikt for digital kommunikasjon med henholdsvis rettshjelperer og parten selv. Enkelte organer – for eksempel Nav – benytter brukerportaler for digital kommunikasjon med brukere, men har enda ikke lagt til rette for at brukernes advokater eller rettshjelperer skal kunne kommunisere digitalt med Nav.

Veiledningsplikt og hvordan veiledning skal gis – §§ 14 og 15

I lovforslaget § 15 første ledd fastslås det at forvaltningsorganet avgjør hvordan veiledning skal gis. Ombudsmannen ba i en uttalelse 14. oktober 2016 (SOM-2016-689) Arbeids- og velferdsetaten (Nav) om å vurdere å påpeke i saksbehandlingsrundskrivet til forvaltningsloven § 11 at veiledningsplikten også innebærer en plikt til å gi veiledning *i en form* som er tilpasset den enkelte brukers behov. Det bør vurderes om tilsvarende bør komme til uttrykk i den nye loven.

I § 15 andre ledd er det videre foreslått å lovfeste en rett til muntlig samtale, og på visse betingelser også til personlig møte. Retten til muntlig samtale forutsetter at den som henvender seg til forvaltningsorganet, har et spørsmål som har aktuell interesse for vedkommende og behov for en muntlig samtale. For å ha rett til en samtale i møte er det også et krav at dette er nødvendig for å få en aktuell forvaltningssak opplyst. På side 254 skriver utvalget:

«Hvis den private kan få tilstrekkelig veiledning – eller kan bidra til sakens opplysning gjennom digitale kanaler eller ved muntlig samtale – kan organet fritt velge om det skal arrangeres et møte med den private.»

Ombudsmannen stiller spørsmål ved om nødvendighetskriteriet vil være vanskelig å praktisere for forvaltningen. Videre kan det stilles spørsmål om bestemmelsen – slik den er utformet i forslaget – er egnet til å gi borgerne urealistiske oppfatninger om retten til et personlig møte. Det er lett å se for seg tilfeller hvor borgerne har en annen oppfatning om behovet for et slikt møte enn forvaltningen.

Saksbehandlingstid og foreløpig svar – § 17

Ombudsmannens erfaring med behandling av klager på lang saksbehandlingstid i forvaltningen tilsier at det i liten grad er uklarheter knyttet til lovens ordlyd som er utslagsgivende eller medvirkende til at behandlingstiden i en sak blir uakseptabel lang. Ombudsmannen har på denne bakgrunn ingen innvendinger mot at det i lovforslaget § 17 første ledd legges opp til å videreføre dagens bestemmelse om saksbehandlingstid, med et generelt krav til at saken skal behandles «uten ugrunnet opphold». Det synes også mest hensiktsmessig med en generell regel om saksbehandlingstid, og at særlige saksbehandlingsfrister fastsettes i særlovgivningen.

Når det gjelder plikten til å sende foreløpig svar, gir utkastet i § 17 andre ledd anvisning på to alternative fremgangsmåter forvaltningen kan benytte: a) «straks bekrefte at henvendelsen er mottatt, og opplyse om sannsynlig saksbehandlingstid» eller b) «gi et foreløpig svar med opplysning om sannsynlig saksbehandlingstid hvis det vil gå mer enn én måned før henvendelsen vil bli besvart». Etter ombudsmannen syns er bestemmelsen forholdsvis klar, og trolig også egnet til å skape forvirring.

Ifølge motivene kan alternativ b) være særlig praktisk ved digitale henvendelser. Ombudsmannen forstår det slik at bestemmelsen gir anvisning på en automatisert

«kvitteringsordning» som ikke krever angivelse av forventet saksbehandlingstid basert på en vurdering av den individuelle saken. Det fremgår ikke klart av loven eller utredningen om det er meningen å stille andre krav til innholdet i et «foreløpig svar» i b) enn i en «bekreftelse» etter bokstav a). Dersom dette ikke er tilfellet, stiller ombudsmannen spørsmål ved om ikke alternativet som beskrives i b) også vil dekke alternativ a), slik at a) egentlig er overflødig. Det vil være en fordel om bestemmelsen klarere gir uttrykk for forskjellen på og hensikten med de to alternative fremgangsmåtene.

Verken utkastet til § 17 eller utredningen for øvrig har noen særskilt omtale av hvordan plikten til å sende foreløpig svar og forsinkelsesmelding skal gjennomføres ved behandlingen av *klagesaker*. Slik bestemmelsen er utformet i utvalgets forslag, synes denne plikten å påligge både underinstansen som mottar klagen, og klageinstansen når denne får klagesaken til behandling. Det er mulig dette bør vurderes nærmere i det videre arbeidet med loven. Ombudsmannen gjør i denne forbindelse oppmerksom på uttalelse 13. desember 2018 (SOM-2018-563), hvor ombudsmannen uttalte følgende om rettsstillingen etter gjeldende rett:

«Plikten etter forvaltningsloven § 11 a til å sende foreløpig svar i slike saker påhviler imidlertid – iallfall som et utgangspunkt – det forvaltningsorganet som mottok klagen, i dette tilfellet Ullersmo fengsel. Det fremgår av forarbeidene – se merknadene til § 11 a i Ot.prp.nr.75 (1993–1994) på side 59 flg. – at forvaltningsorganer som senere mottar en sak som ledd i en «ordinær flerinstansbehandling», kan unnlate å sende et foreløpig svar.

På denne bakgrunn legges det til grunn at forvaltningsloven § 11 a ikke oppstiller noen generell forpliktelse for regionen – der den er klageinstans – til å sende ut et foreløpig svar til klageren. En forutsetning må imidlertid være at fengselet har oppfylt sin plikt til å gi klageren tilstrekkelig informasjon om saksgangen og herunder – så vidt mulig – opplyst hvor lang tid behandlingen av saken forventes å ville ta hos klageinstansen, jf. § 11 a annet ledd. Hvis førsteinstansen derimot ikke har gitt informasjon om saksgangen og forventet behandlingstid, bør regionen sørge for at det blir sendt ut et foreløpig svar, slik at klageren er informert om forventet behandlingstid. Dette følger av alminnelige normer for god forvaltningsskikk. Dersom det ikke lar seg gjøre å ferdigbehandle saken innenfor tidsrammen som er oppgitt i det foreløpige svaret, er det også i samsvar med god forvaltningsskikk at klageinstansen sørger for å orientere parten om dette.»

Utvalget foreslår i § 17 tredje ledd en ny bestemmelse om plikt til å sende forsinkelsesmelding når saken blir «vesentlig forsinket ut over den saksbehandlingstiden som forvaltningsorganet har opplyst om». Ombudsmannen har i en rekke saker uttalt at god forvaltningsskikk tilsier at melding skal sendes når saksbehandlingen trekker ut, og mener det er fornuftig at det nå er foreslått å lovfeste denne plikten.

Hva som skal til for at forsinkelsen er «vesentlig», må ifølge utvalget vurderes ut ifra tidsoverskridelsen og sakens karakter. Det er etter ombudsmannens syn fare for at et slikt

skjønnsmessig vesentlighetskriterium kan føre til at forvaltningen lettere unnlater eller drøyer for lenge med å sende forsinkelsesmelding. Et krav om at forsinkelse i seg selv er tilstrekkelig, vil være enklere å praktisere og bedre ivareta partens behov for informasjon om sakens fremdrift. Det vil etter ombudsmannens syn heller ikke være uforholdsmessig byrdefullt for forvaltningen. Alternativt mener ombudsmannen at det bør settes et definert tidspunkt for når plikten til å sende forsinkelsesmelding inntreer, for eksempel én uke etter utløpet av tidligere oppgitt saksbehandlingstid.

Ordlyden i forslaget til § 17 tredje ledd gir i *bokmålsversjonen* ingen nærmere anvisning på hva forsinkelsesmeldingen bør inneholde. I *nynorskversjonen* heter det derimot at det skal opplyses om «kor mykje» saksbehandlingen er forsinket. Ombudsmannen mener det er god forvaltningsskikk å gi informasjon både om årsaken til forsinkelsen og ny forventet saksbehandlingstid. Det vises for eksempel til uttalelser 15. desember 2017 (SOM-2017-405), 19. desember 2017 (SOM-2017-1470) og 14. april 2016 (SOM-2015-2653). Slik informasjon vil både kunne gjøre det lettere for dem det gjelder å forsone seg med at saksbehandlingstiden strekker ut i tid og gi dem forutsigbarhet om forvaltningsprosessen. Det kan også bidra til å opprettholde tilliten til forvaltningen i situasjoner hvor saksbehandlingen trekker ut. Etter ombudsmannens syn bør det derfor fremgå uttrykkelig av loven at forsinkelsesmeldinger skal inneholde opplysninger om årsak til forsinkelsen og – så langt det er mulig – om når endelig svar kan forventes.

Bruk av sakkyndige – § 26

Lovforslaget har fått en egen bestemmelse om bruk av private i saksforberedelsen av vedtak. Denne fastslår at forvaltningen kan engasjere sakkyndige og konsulenter for å hjelpe til med saksforberedelsen, men at forvaltningsorganet uansett må vurdere saken selvstendig før det treffer vedtaket. I spesialmerknadene på side 584 er det presisert at «[h]vis en privat oppdragstaker skal delta i saksforberedelsen [...], må forvaltningsorganet sikre at saksforberedelsen blir gjennomført i samsvar med de kravene som følger av forvaltningsloven eller annen lovgivning med forskrifter».

Problemstillinger knyttet til det offentliges bruk av privat bistand og konsulenttjenester har vært tatt opp herfra i ulike sammenhenger. Et grunnleggende budskap i ombudsmannens uttalelser har vært at de samme regler og prinsipper skal gjelde for alle som forbereder grunnlaget for forvaltningsvedtak. Ombudsmannen mener derfor det er positivt at den nye loven klargjør adgangen til å bruke sakkyndige mv. i saksforberedelsen. Det vil imidlertid være en fordel om det kom fram av selve lovteksten at saksforberedelsene må gjennomføres i samsvar med kravene som følger av forvaltningsloven eller annen lovgivning.

Reglene om habilitet – § 27–30

De foreslåtte inhabilitetsreglene fremstår lovteknisk sett som en forbedring i forhold til gjeldende lov, med tydeligere og mer brukervennlige bestemmelser.

Spørsmålet om såkalt «organinhabilitet» er drøftet av utvalget på side 230. Utvalget har vist til at ombudsmannen tidligere har reist spørsmål om det i enkelte tilfeller kan foreligger

organinhabilitet på ulovfestet grunnlag. Det er også vist til ombudsmannens praksis knyttet til fylkesmannens behandling av klagesaker over reguleringsplaner etter plan- og bygningsloven etter at fylkesmannen tidligere har reist innsigelse mot planforslaget. Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå at forvaltningslovens habilitetsregler skal omfatte hele forvaltningsorganer. Ombudsmannen har ingen innvendinger mot denne konklusjonen.

Inhabilitet og dens virkninger – § 27

Etter § 27 fjerde ledd i forslaget kan Kongen beslutte at en sak skal kunne overføres til et sideordnet eller overordnet forvaltningsorgan hvis det er forbundet med særlig ulempe å få oppnevnt stedfortreder når en person er inhabil. Bestemmelsen erstatter bestemmelsen i § 9 andre ledd i gjeldende lov. Slik sistnevnte bestemmelse er utformet, er det ikke klart om Kongen i disse tilfelle også kan overprøve den aktuelle tjenestepersonen eller forvaltningsorganets konklusjon om at tjenestepersonen er inhabil. I uttalelse 2. april 2019 (SOM-2018-3120) konkluderte ombudsmannen – under tvil – med at Kongen har adgang til slik overprøving. Ombudsmannen påpekte imidlertid at regelverket er uklart, og med fordel kan presiseres.

Det ser ut til at dette spørsmålet også er aktuelt etter utvalgets lovforslag § 27 fjerde ledd andre punktum, selv om endringen til bestemt form – «den inhabile» – i større grad enn gjeldende ordlyd taler mot at organet som tar stilling til overføringen, også kan overprøve konklusjonen om inhabilitet. Problemstillingen er imidlertid ikke omtalt i utredningen, og det antas at den nye ordlyden kun er ment som en rent språklig forbedring. Dersom organet som tar stilling til overføring skal kunne legge til grunn en annen konklusjon om habilitet enn det den aktuelle tjenestemannen selv hadde gjort, bør ordlyden etter ombudsmannens syn justeres for å gjenspeile dette. Dersom dette ikke skal være tilfelle, bør det presiseres uttrykkelig i forarbeidene.

Reglene om taushetsplikt – § 31–39

Ombudsmannens erfaring er at reglene om taushetsplikt i dagens lov er kompliserte. Dette gjelder både utformingen og praktiseringen av de vurderingstemaene bestemmelsene gir anvisning på. Det er derfor positivt at reglene i utkastet er forenklet og i noen grad presisert for å gi bedre veiledning.

Taushetsplikt om drifts- eller forretningshemmeligheter – § 34

Taushetspliktbestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 om drifts- og forretningsforhold er et tema i mange klagesaker hos ombudsmannen. Dette gjelder særlig i saker etter offentleglova, som gir bestemmelsen anvendelse i innsynssaker. Mange av klagesakene gjelder innsyn i anbudsdokumenter. Spørsmål som er aktuelle og utfordrende er for eksempel i hvilken grad informasjonen i et tilbudsdokument – herunder oppbyggingen og formuleringer som er benyttet – utgjør forretningshemmeligheter som er underlagt taushetsplikt etter § 13.

Ombudsmannen mener – i likhet med utvalget – at taushetspliktbestemmelsen i dagens forvaltningslov § 13 første ledd nr. 2 om drifts- og forretningsforhold er vanskelig å praktisere. Særlig byr kriteriet om at opplysningen «vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde», på utfordringer. Etter ombudsmannens syn er det fornuftig å omarbeide bestemmelsen, og å sløyfe kriteriet om «konkurransemessig betydning».

Ombudsmannen er imidlertid i tvil om det sentrale avgrenskingskriteriet utvalget foreslår – at opplysningen gjelder drifts- eller forretningsmessige forhold «som det er grunn til å verne om» – gir noen klarere regel som er enklere å praktisere. Kriteriet er svært generelt og skjønnsmessig, og kan omfatte mye. Det kan synes som om dette innebærer en utvidelse i forhold til gjeldende rett av hva som skal anses som taushetspliktige opplysninger, uten at det av utredningen fremgår at dette er tilsiktet. Blant annet fordi det å gi ut opplysninger i strid med taushetsplikten er straffbelagt, er det grunn til å frykte at forvaltningen i tvilstilfeller vil unnta mer enn bestemmelsen tar sikte på for å være på den sikre siden. Det er derfor særlig viktig at reglene er så klare og anvendelige som mulig. Dersom utvalgets forslag videreføres i ny lov, bør det gis mer utfyllende veiledning i forarbeidene om hvordan kriteriet skal forstås og anvendes.

Deling av opplysninger undergitt taushetsplikt – § 36

Utvalgets forslag til § 36 innebærer utvidet mulighet for å dele taushetsbelagte opplysninger mellom forvaltningsorganer. Både borgernes behov for å vite hvilken informasjon som er delt – og med hvem – og muligheten til å etterprøve om vilkårene for å dele informasjon var til stede, tilsier at det bør sikres notoriet om slik informasjonsdeling. Ombudsmannen har blant annet pekt på dette i uttalelse 3. september 2018 (SOM-2017-2322), som gjaldt utveksling av opplysninger underlagt taushetsplikt mellom skole og skolehelsetjeneste.

Ombudsmannen er usikker på om kravet til skriftlig saksbehandling i lovforslagets § 10 første ledd eller nedtegningsplikten i § 10 tredje ledd ivaretar behovet for notoritet ved informasjonsdeling i tilstrekkelig grad. Et alternativ kan være å gi særlige regler om dette i forvaltningsloven eller annet regelverk.

Ombudsmannen gjør for øvrig oppmerksom på uttalelse 15. desember 2016 (SOM-2015-3400) om Statens helsetilsyns behandling av en tilsynssak mot en psykolog. Saken reiste blant annet spørsmål om – og eventuelt i hvilke tilfeller – det er adgang til å dele opplysninger underlagt taushetsplikt når opplysningene allerede er kjent for mottakeren (men uten å være alminnelig kjente eller tilgjengelige), sml. helsepersonelloven § 23 nr. 1. Spørsmålet er ikke uttrykkelig regulert i gjeldende forvaltningslov. Problemstillingen er heller ikke vurdert av utvalget, og det kan være uklart om den fanges opp av lovforslaget.

Spørsmålet om lovfesting av et generelt krav om at saksbehandlingen skal være forsvarlig

Utvalget har ikke gått inn for å lovfeste et generelt krav om at saksbehandlingen må være forsvarlig (side 157). Det er blant annet vist til at det er «omstridt og usikkert om rettspraksis gir dekning for å oppstille et slikt krav». Utvalget tar ikke stilling til dette, men mener uansett

at det ikke er ønskelig å lovfeste et slikt krav. Dette begrunnes blant annet med at behovet for en slik regel er lite og at innholdet i en slik regel kan by på tvil.

Ombudsmannen er kjent med at enkelte forfattere av juridiske litteratur har bestridt at det gjelder en ulovfestet regel om at forvaltningens saksbehandling skal være forsvarlig. Høyesterett har på sin side gitt uttrykk for at en slik regel eksisterer, jf. blant annet Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31. Dette er i samsvar med den rettsoppfatning Sivilombudsmannen over tid har lagt til grunn i sin praksis.

Lovforslaget ikke er ment å gi en uttømmende regulering av de krav som stilles til forvaltningens saksbehandling. Etter ombudsmannens syn er det likevel gode grunner til å lovfeste et generelt krav om at saksbehandlingen skal være forsvarlig – fortrinnsvis i lovens alminnelige del. En slik lovfesting vil for det første fjerne den usikkerhet som måtte eksistere rundt regelens eksistens. Det vil også bidra til å synliggjøre at det ansvarlige forvaltningsorganet har ansvar for å påse at saksbehandlingen samlet sett er forsvarlig. For domstolenes del er slike krav om forsvarlig saksbehandling allerede innarbeidet i prosesslovgivningen, se blant annet tvisteloven § 9-4 første ledd (saksforberedelse) og § 9-13 andre ledd (hovedforhandling). Det er etter ombudsmannens syn vanskelig å se noen avgjørende grunner til at man ikke bør synliggjøre tilsvarende krav i lovgivningen som regulerer forvaltningens prosesser.

I likhet med utvalget antar ombudsmannen at de mer konkrete bestemmelsene om saksbehandlingen i saker om enkeltvedtak vil medføre at den generelle regelen om forsvarlig saksbehandling ofte vil ha liten selvstendig betydning i slike saker. Etter ombudsmannens syn utgjør regelen likevel en viktig sikkerhetsventil, som blant annet kan fange opp problemstillinger som lovgiver ikke har vært tilstrekkelig bevisst på, eller som har aktualisert seg etter lovens vedtakelse. Ikke minst med tanke på den usikkerhet som knytter seg til digitalisering, automatiserte beslutningsprosesser mv. kan dette være et verdifullt supplement til mer konkrete saksbehandlingsregler, som i stor grad er fastsatt ut fra erfaringer med tradisjonelle saksbehandlingsformer.

Utvalget fremhever for øvrig at en lovfesting av forsvarlighetsprinsippet «kan fungere som en lovbestemt frihet for etterfølgende rettsanvendere til å oppstille nye krav til saksbehandlingen». Synspunktet – som vel i første rekke må anses å rette seg mot domstolene, Sivilombudsmannen og andre kontrollinstanser – er ikke nærmere utdypet. Som nevnt ovenfor har ombudsmannen lenge lagt til grunn at det allerede etter gjeldende rett eksisterer et ulovfestet forsvarlighetsprinsipp. Tradisjonelt har også andre viktige deler av forvaltningsretten – slik som misbrukslæren, vilkårlæren og ugyldighetslæren – vært utviklet og håndhevet uten noen klar forankring i formelle lovbestemmelser. Også for regler som har forankring i forvaltningsloven, finnes det eksempler på at blant annet Høyesterett har utviklet reglene utover det som kan sies å følge av en streng ordlydstolkning. Som eksempel kan nevne reglene om begrunnelse, jf. bl.a. Rt. 1981 s. 745 (Isene) og Rt. 2000 s. 1056. Hvorvidt dette er en uheldig utvikling, er i første rekke et spørsmål av politisk karakter. Ombudsmannen vil for egen del mene at det ikke er grunn til å hevde at

domstolene, Sivilombudsmannen m.fl. hittil har utøvd sin kontrollvirksomhet på en uheldig måte.

SAKSBEHANDLINGSREGLER I SAKER SOM GJELDER ENKELTVEDTAK

Utredningsplikt og medvirkning fra parten – § 44

I lovforslaget § 44 andre ledd om partens medvirkningsplikt i saker som parten selv innleder, heter det at parten «så langt som mulig» skal legge frem opplysninger som kan få betydning i saken. Videre følger det av tredje punktum at dersom «parten ikke gjør dette, kan det virke inn på avgjørelsen». Det fremgår av spesialmerknadene til bestemmelsen på side 602 at plikten til medvirkning ikke må tolkes for strengt, og at det i bestemmelsen i tredje punktum ikke ligger noe annet enn at forvaltningsorganet bare kan legge til grunn og bygge avgjørelsen på opplysninger som organet er kjent med. Det presiseres at det ikke dreier seg om en bevisbyrde-regel som gjør at forvaltningsorganet kan løse faktisk tvil til partens ugunst dersom parten ikke har medvirket.

Etter ombudsmannens syn står ordlyden i forslaget til § 44 andre ledd i et anstrengt forhold til den rettsstilstanden utvalget har beskrevet i spesialmerknadene. Det er etter ombudsmannens syn fare for at ordlyden i bestemmelsen kan misforstås slik at medvirkningsplikten praktiseres strengere enn det som er lovens intensjon, og at manglende medvirkning tillegges større vekt eller annen betydning enn det det er grunnlag for.

Selv om man tillegger bestemmelsen det innholdet som spesialmerknadene gir anvisning på, er det også et spørsmål om den i enkelte saker vil gå for langt i å skyve ansvaret for saksutredningen over på parten. Som mulige eksempler nevnes tilfeller der det søkes om grunnleggende velferdsgoder, eller der mindreårige er parter eller blir sterkt berørt av saksutfallet. Utformingen av bestemmelsen bør vurderes i det videre arbeidet med loven.

Partens rett til innsyn i saken – § 45

Ombudsmannen er positiv til utvalgets forslag om å flytte reguleringen av partsinnsyn over til en ny «innsynslov», slik at dette blir regulert av offentleglovas bestemmelser supplert med enkelte særregler for partsinnsyn. En felles lov om innsyn for parter og andre kan bidra til et mer oversiktlig og klarere regelverk. Dette vil være en fordel for både forvaltningen og den enkelte som ønsker innsyn.

Vedtaket – § 47

Utvalgets forslag om å lovfeste at vedtak som hovedregel skal være signert og opplyse om saksbehandlers navn, er etter ombudsmannens syn fornuftig. Vi viser til ombudsmannens uttalelse 27. november 2017 (SOM-2017-1135) om vedtak uten saksbehandlers navn, som er omtalt av utvalget på side 349 flg. Ombudsmannen mener det følger av god forvaltningsskikk

og forutsetningsvis av forvaltningslovens regler om habilitet at en part skal få kjennskap til hvem som har behandlet saken.

I § 47 andre ledd er det foreslått et unntak fra hovedregelen, dersom «tungtveiende grunner taler mot» at saksbehandlers navn opplyses. Det fremgår i spesialmerknadene på side 604 at i slike tilfeller «må navnet til en overordnet eller forvaltningsorganets leder fremgå av vedtaket». Ombudsmannen er enig i dette, men mener at dette kravet bør inntas i selve lovteksten. Også for tilfeller der vedtak treffes etter helautomatisert saksbehandling, jf. § 44 andre ledd siste punktum, bør regelen være at navnet til en ansvarlig tjenesteperson skal oppgis i vedtaket.

Krav til begrunnelse – § 48

Utvalgets forslag viderefører i stor grad begrunnelsesplikten i gjeldende rett, med noen endringer. Forslaget til lovtekst gir en god beskrivelse av hva en begrunnelse skal inneholde, og er etter ombudsmannens vurdering en forbedring i forhold til gjeldende lov. Det er positivt at begrunnelsens formål, skriftlighetskravet og at begrunnelsesplikten er relativ, foreslås lovfestet.

Utvalgets forslag om krav til samtidig begrunnelse også i saker der ingen part antas å være misfornøyd, går lenger enn gjeldende rett. Ombudsmannen er enig med utvalget i at en begrunnelse også i slike saker har gode grunner for seg, selv om det vil innebære merarbeid og en viss omstilling i forvaltningen. Et krav til samtidig begrunnelse der parten får medhold, kan blant annet være nødvendig der sterke offentlige eller allmenne interesser – for eksempel miljøhensyn – gjør seg gjeldende. Som eksempel kan nevnes ombudsmannens uttalelse 23. mars 2017 (SOM-2016-1285), der ombudsmannen rettet kritikk mot manglende skriftlighet i saksbehandlingen i Klima- og miljødepartementet ved en muntlig instruks om å gi fellingstillatelse på bjørn.

Utvalget har ikke foreslått å lovfeste en plikt til å vise til eller kommentere argumentasjon fra partene i begrunnelsen, verken for underinstansen eller klageinstansen. Ombudsmannen har i flere uttalelser gitt uttrykk for at det er god forvaltningsskikk at hovedtrekkene i vurderingene av klagerens anførsler fremgår av begrunnelsen. Et eksempel på dette er uttalelse 8. oktober 2018 (SOM-2017-1645). Både partens behov for å forstå avgjørelsen og partens tillit til at saken er undergitt en forsvarlig behandling, tilsier etter ombudsmannen syn et slikt krav. Det bør vurderes om ikke dette også bør fremgå uttrykkelig av loven.

I forslaget til § 48 tredje ledd foreslår utvalget et unntak fra begrunnelsesplikt om opplysninger som kan unntas fra partsinnsyn etter innsynslova § 13 a. Utvalget drøfter imidlertid ikke om forvaltningsorganet i slike tilfeller må opplyse om at det i vurderingen er lagt vekt på slike opplysninger. Dersom forvaltningsorganet ikke orienterer om dette, vil det kunne være ukjent for parten at forvaltningen har bygget sin avgjørelse på andre opplysninger enn de opplysningene som faktisk fremkommer av begrunnelsen. Når forvaltningen heller ikke har en plikt til å forelegge slike opplysninger ved saksforberedelsen, jf. forslaget til § 43 andre ledd bokstav d, vil det først være ved et eventuelt krav om innsyn at parten kan få kjennskap til eksistensen av slike opplysninger. Dersom opplysningene har

hatt betydning for avgjørelsen, mener ombudsmannen at det bør vurderes å pålegge forvaltningsorganet en selvstendig plikt til å gjøre parten oppmerksom på at det foreligger slike opplysninger i saken.

Klageinstansens begrunnelsesplikt er et tilbakevendende tema i ombudsmannens uttalelser. Særlig synes begrunnelsesplikten å by på utfordringer i tilfeller hvor klageinstansen er et kollegialt organ. Ombudsmannen har flere ganger påpekt at klageorganets begrunnelse må fremgå av klageorganets vedtak, se for eksempel uttalelsene 23. januar 2012 (SOM-2011-1369) og 23. oktober 2017 (SOM-2017-3442). Det fremgår ikke uttrykkelig av forslaget § 48 eller § 60 at kravet til begrunnelse også gjelder for klageinstansens vedtak. Ombudsmannen forutsetter imidlertid at § 48 også er ment å gjelde for klageinstansen. Det vil være en fordel om dette fremgår uttrykkelig av loven. Se også merknaden til § 60, under.

Klagerett – § 53

Lovforslagets § 53 første ledd regulerer hvem som har klagerett. Ombudsmannen forutsetter at forslaget ikke innebærer en innsnevring av kretsen som har klagerett etter gjeldende rettstilstand. Det vil være en fordel om dette presiseres i forarbeidene.

I sine drøftelser av om det bør være klagerett over *klageinstansens* realitetsavgjørelse, peker utvalget på side 378 på tilfeller der klageinstansen har truffet nytt vedtak etter at dens opprinnelige vedtak i klagesaken er kjent ugyldig av domstolen eller kritisert av Sivilombudsmannen. Utvalget mener effektivitetshensyn tilsier at det nye vedtaket da ikke kan påklages, verken når vedtaket fastholder det opprinnelige vedtaket eller endrer det. I stedet mener utvalget at det nye vedtaket må anses som en integrert del av klagesaken.

Det er en del sentrale forskjeller på utfallet av henholdsvis et ugyldighetsspørsmål for domstolene og en klagesak hos ombudsmannen. Domstolene må ta stilling til om påviste feil medfører at enkeltvedtaket er ugyldig. En dom på ugyldighet er videre rettslig bindende for forvaltningsorganet, slik at det kan fremstå som treffende å se det slik at dommen innebærer en «opphevelse» av det opprinnelige vedtaket. Ombudsmannens uttalelser er på sin side ikke rettslig bindende, og det er ikke noe krav om at ombudsmannen uttrykkelig tar stilling til om det innklagde vedtaket er ugyldig. Selv om behandlingen hos ombudsmannen avdekker at forvaltningen har begått feil som etter sin art kan medføre ugyldighet, er det ikke gitt at ombudsmannen har tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om disse feilene faktisk innebærer at vedtaket er ugyldig. Ombudsmannen kan også gi uttrykk for at forvaltningens skjønnsutøvelse er «klart urimelig», eller at det er knyttet «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. sivilombudsmannsloven § 10 andre ledd. I alle de nevnte tilfellene vil ombudsmannen som regel be forvaltningen vurdere saken på nytt. Forvaltningsorganet må da ta stilling til hvilke konsekvenser de påpekte innvendingene mot vedtaket eller saksbehandlingen skal ha. Særlig i tilfeller hvor en omgjøring vil være til skade for en privat part, vil det herunder kunne være et spørsmål om forvaltningsorganet faktisk har adgang til å omgjøre.

I en ombudsmannssak er det for øvrig bare klageren selv og det aktuelle forvaltningsorganet som har partsrettigheter (dokumentinnsyn, kontradiksjon mv.). Tredjepersoner som er parter eller har rettslig interesse i den underliggende forvaltningssaken, har ikke rett til å tre inn i ombudsmannssaken som part eller partshjelper, sml. tvisteloven §§ 15-3 og 15-7.

De nevnte forholdene gjør at det ikke nødvendigvis er like naturlig å se på det den nye avgjørelsen fra forvaltningsorganet som en integrert del av klagesaken i tilfeller hvor saken har vært behandlet hos ombudsmannen, som i tilfeller hvor domstolene har kjent forvaltningens vedtak ugyldig. Ombudsmannen ser heller ikke bort fra at det i slike saker kan oppstå tvil om hvorvidt et omgjøringsvedtak må anses som en direkte følge av ombudsmannens behandling, eller som omgjøring av forvaltningsorganets eget tiltak.

Hvorvidt ovennevnte betraktninger er avgjørende innvendinger mot utvalgets standpunkt, overlates det til lovgiver å vurdere. I den grad departementet er enig med utvalget, bør det uansett vurderes å forankre dette unntaket fra klageretten over omgjøringsvedtak uttrykkelig i loven.

Underinstansens behandling av klagesaken – § 59

Lovforslagets § 59 om klagebehandling i *underinstansen* viser til at varslingsplikten i § 42 gjelder, og har også en bestemmelse om krav til saksutredningen. I § 60 om *klageinstansens* behandling av klagesaken, fremgår det at saken skal utredes i samsvar med § 44. Det bør vurderes om det i tillegg – av pedagogiske hensyn – bør vises uttrykkelig til begrunnelsesplikten i § 48, og eventuelt også til andre saksbehandlingsregler for enkeltvedtak i kapittel 7.

Klageinstansens behandling av klagesaken – § 60

Også i § 60 om klageinstansens behandling av klagesaken bør det av pedagogiske grunner vises til begrunnelsesplikten i § 48.

Mens det i § 59 om underinstansens behandling av klagesaken fremgår uttrykkelig at reglene om omgjøring i § 62 supplerer adgangen til å endre vedtaket, er det ikke gitt noen tilsvarende regel for omgjøringsbestemmelsene anvendelse ved klageorganets behandling av klagesaken. Dette er – etter det ombudsmannen kan se – heller ikke omtalt i utredningen. Det vil være en fordel om klageinstansens adgang til å benytte omgjøringsreglene i en klagesak klargjøres i loven.

Dersom omgjøringsbestemmelsene benyttes i en klagesak, kan det også reises spørsmål ved om klageorganets vedtak må regnes som en omgjøring med klageadgang i stedet for et vedtak i klagesak. Dette bør også klargjøres i det videre lovarbeidet.

Forslaget om å fjerne retten til dekning av sakskostnader

Utvalgets flertall foreslår å fjerne forvaltningslovens regel om dekning av sakskostnader. Som begrunnelse er det først og fremst vist til at forvaltningens veilednings- og utredningsplikt ivaretar borgernes rettssikkerhet, at sakskostnadsregelen trolig bidrar til å øke kostnadsnivået i forvaltningssaker, og at behandlingen av krav om sakskostnader beslaglegger tid og ressurser i forvaltningen som heller kan utnyttes til å ivareta forvaltningsorganenes primær oppgaver.

Ombudsmannen mener at retten til å få dekket sakskostnader er viktig for borgernes rettssikkerhet. Det er i en rekke tilfeller nødvendig for borgene å benytte klageretten for at de skal få sin rett i forvaltningen. Mange forvaltningssaker er krevende for borgerne å forholde seg til, og de ha behov for hjelp til å utforme en god klage. Etter ombudsmannens syn vil verken forvaltningens veilednings- eller utredningsplikt være tilstrekkelig til fullt ut å ivareta dette behovet i alle tilfeller. Borgerne trenger juridisk eller annen bistand for å oppnå at det treffes en riktig avgjørelse i saken. Når borgerne pådrar seg slike kostnader, vil det ofte være mest rimelig – og i tråd med den alminnelige rettsfølelse – at forvaltningen dekker disse. Særlig gjelder dette når endringen i klageomgangen skyldes at forvaltningen har begått feil ved førstegangsbehandlingen av saken.

Rettshjelpsordningen vil – uansett om den styrkes på enkelte områder slik utvalgets flertall nevner som en mulighet – kun omfatte svært begrensede saksområder. I behovsprøvede saker gjelder den dessuten bare for de aller minst bemidlede.

At sakskostnader kan kreves dekket etter alminnelige erstatningsrettslige regler, kan etter ombudsmannen syn heller ikke på en god nok måte ivareta borgernes behov. Både det at det da må påvises uaktsomhet hos forvaltningen, og at kravet i verste fall må inndrives ved saksanlegg for domstolen, gjør at dette ikke fremstår som en tilgjengelig løsning for mange.

Det fremgår av utredningen at ordningen med rett til dekning av sakskostnader er særnorsk i nordisk sammenheng. Utvalgets flertall mener at danske erfaringer tyder på at rettssikkerheten kan ivaretas uten en regel om sakskostnader i forvaltningssaker. Hvordan erfaringene fra Danmark viser at det ikke er behov for sakskostnadsregler, er det ikke redegjort nærmere for. Ombudsmannen vil under alle omstendigheter påpeke at reglene om rett til sakskostnader har lang tradisjon og er godt innarbeidet i norsk rett.

Erfaringen fra behandlingen av klagesaker her er at den eksisterende sakskostnadsregelen i forvaltningsloven § 36 byr på tolkningstvil i en del sammenhenger. Etter ombudsmannens syn er dette ikke et avgjørende argument mot selve ordningen. Det bør heller tilstrebes å lage en rettsregel som er klarere og enklere å praktisere for forvaltningen.

På denne bakgrunn mener ombudsmannen at retten til å få dekket sakskostnader bør videreføres, i alle fall i saker der det er begått feil fra forvaltningens side.

To mindretall i utvalget har foreslått lovbestemmelser som i ulik grad gir parten rett til sakskostnader når en klage fører frem. Det ene mindretallet – utvalgets leder Backer og

medlemmet Fagernæs – har foreslått en sakskostnadsregel som bare gjelder der klageinstansen endrer sitt vedtak i klagesak. Dette er kombinert med en ordning der underinstansen – dersom den ikke endrer sitt vedtak etter klage – skal orientere parten om muligheten til å sende inn ytterligere argumentasjon eller dokumentasjon, og også å be om fristutsettelse. Tanken bak forslaget er at det på grunn av lovens beskjedne krav til klagen og forvaltningens veiledningsplikt ikke skal være behov for profesjonell bistand for å fremme en klage innen fristen, og at forvaltningen på denne måten får mulighet til å rydde opp i sine feil før kostander pådras.

Ombudsmannens mener at retten til dekning av sakskostnader ikke bør begrenses til tilfeller der endring skjer i klageinstansen. Det synes tvilsomt om en slik to-leddet klageprosess som er foreslått, vil være hensiktsmessig. Dessuten vil det kunne være gode grunner til at en part pådrar seg utgifter til å fremme en klage allerede fra starten av klageprosessen. Ombudsmannen viser til innvendingene fra det andre mindretallet – medlemmet Innjord – i utredningen side 465 flg.

Saksbehandling i omgjøringsaker – § 64

I lovforslagets § 64 andre ledd om behandlingen av anmodninger om omgjøring heter det at «[f]orvaltningsorganet vurderer selv om det skal behandle en anmodning om omgjøring, hvis ikke annet følger av lov eller forskrift». Det fremgår av spesialmerkene til bestemmelsen på side 620 at forvaltningsorganet i utgangspunktet kan avslå en avgjøringsanmodning uten å gi noen begrunnelse etter § 48, men at det etter omstendighetene kan være grunn til å forklare avslaget nærmere. Det presiseres samtidig at det heller ikke i slike tilfeller er plikt til å gi en begrunnelse. Videre fremgår det at det uansett må gis beskjed om avslaget til den som har anmodet om omgjøring.

Det er på det rene at en beslutning om ikke å etterkomme en omgjøringsbegjæring, ikke er et enkeltvedtak, og at reglene for enkeltvedtak derfor ikke kommer til anvendelse. Ombudsmannen har lagt til grunn at det grunnleggende kravet til forsvarlig saksbehandling innebærer at slike beslutninger likevel bør begrunnes. I uttalelse 30. august 2019 (SOM-2019-12) om avslag på en begjæring om å omgjøre en tillatelse til et lysthus i strandsonen heter det:

«Hvis begjæringen inneholder nye momenter, bør det fremgå av begrunnelsen at momentene har vært vurdert. Begrunnelsen bør videre gi parten mulighet til å forstå hvorfor begjæringen ikke førte frem. En begrunnelse med et slikt – om enn kortfattet – innhold, vil nok gjøre det lettere for parten å slå seg til ro med avslaget. I tillegg vil det bidra til å sikre en forsvarlig behandling og ivareta tilliten til forvaltningen.»

Ombudsmannen mener på denne bakgrunn at kravene til saksbehandling og begrunnelse i mange tilfeller vil gå noe lenger enn det utvalget gir uttrykk for.

Etter ombudsmannens syn kan for øvrig den foreslåtte ordlyden i andre ledd lett forstås slik at begjæringen heller ikke krever noen tilbakemelding fra forvaltningen. Ordlyden bør derfor endres.

Utsatt iverksetting – § 76

Lovforslagets § 76 første ledd viderefører gjeldende bestemmelse i forvaltningsloven om at klage til ombudsmannen er et moment ved forvaltningens vurdering av om det skal gis utsatt iverksetting av et vedtak. Dette er av stor betydning for at ombudsmannsordningen skal være aktuell og virkningsfull.

For å balansere hensynet til å sikre reell klagerett og hensynet til forvaltningens effektivitet, har utvalget i § 76 andre ledd foreslått at forvaltningen skal ha plikt til å utsette iverksettingen der den ikke kan gjøres om, eller der den kan utgjøre en risiko for partens liv eller helse. Dette gjelder dersom vedtaket blir angrepet ved klage eller søksmål, men slik at det gjøres unntak fra plikten til å utsette iverksettelsen dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør utsettelse utilrådelig, eller dersom klagen eller søksmålet er grunnløst. Fristene for klage og søksmål innebærer at det vil kunne ta flere uker før vedtaket blir angrepet. Etersom vedtaket etter den foreslåtte hovedregelen kan gjennomføres straks, stiller ombudsmannen spørsmål om plikten til å utsette iverksettelse blir tilstrekkelig effektiv dersom den først inntreffer ved klage eller søksmål. Dette bør etter ombudsmannens syn vurderes nærmere i det videre arbeidet med loven

Avgjørelser om utsatt iverksetting er ikke enkeltvedtak, verken etter gjeldende rett eller forslaget til ny lov. I forslaget til § 76 tredje ledd er det gitt enkelte saksbehandlingsregler for slike avgjørelser. Blant annet videreføres grunngivningskravet for avslag på anmodninger om utsatt iverksetting i gjeldende forvaltningslov § 42. I spesialmerknadene til § 76 tredje ledd på side 627, er det presisert at det ikke stilles like strenge krav til begrunnelsen som for enkeltvedtak.

Ombudsmannen har i flere uttalelser gitt uttrykk for hvilke krav til saksbehandlingen som etter gjeldende rett må gjelde ved avgjørelser om utsatt iverksetting. En uttalelse 28. juni 2019 (SOM-2019-410) gjaldt krav til begrunnelsen der en begjæring om utsatt iverksetting ikke ble tatt til følge. Ombudsmannen la til grunn at formålet bak begrunnelsesreglene i forvaltningsloven § 42 – å sikre en omhyggelig vurdering av anmodninger om utsatt iverksetting – tilsier at begrunnelsen i det minste bør inneholde en kort redegjørelse for hvilke hovedhensyn som har inngått i forvaltningens vurdering og hvilke hensyn som har vært avgjørende for avslaget. I uttalelse 20. juni 2017 (SOM-2016-3636) ble det lagt til grunn at reglene i forvaltningslovens kapittel II og III langt på vei vil gjelde tilsvarende, jf. også Aulstad i Jussens venner 2010 s. 323 (s. 334).

Det vil være en fordel om både innholdet i begrunnelseskravet og forholdet til andre regler om saksbehandling blir ytterligere presisert i forarbeidene til bestemmelsen.

AUTOMATISERT SAKSBEHANDLING

Om de generelle saksbehandlingsreglene i en automatisert forvaltning

Utvalget har ikke foreslått noen nærmere regulering av hvordan automatiserte saksbehandlingssystemer skal utvikles, eller om hva systemene må inneholde. Utvalget foreslår heller ikke egne saksbehandlingsregler for å ivareta partenes rettssikkerhet ved denne behandlingsformen. Det fremgår imidlertid av utredningen side 259 at forvaltningslovens regler skal være teknologinøytrale. En forutsetning for bruk av helautomatiserte saksbehandlingssystemer vil derfor være at forvaltningslovens saksbehandlingsregler ivaretas. Det må blant annet innebære at de ulike saksbehandlingsreglene – for eksempel reglene om utredning, veiledning og begrunnelse – må bygges inn i et *helautomatisert* saksbehandlingssystem. Det hadde vært en fordel om denne forutsetningen kom klarere til uttrykk i loven. Det er også et spørsmål om ikke systemutviklingen bør reguleres nærmere. Vi registrerer at Dag Wiese Schartum, professor ved Senter for rettsinformatikk, har uttalt at det er uklokt å «overlate dette til de ulike prosjektgruppene, som – uten rettslige rammer og med varierende rettslig innsikt og kompetanse – får i oppgave å utvikle systemløsninger», jf. artikkel i tidsskriftet Stat og Styring nr. 3/2019. Ombudsmannen deler denne bekymringen.

I utgangspunktet er ombudsmannen positiv til at det ikke gis spesielle saksbehandlingsregler for automatisert saksbehandling. Ombudsmannen ønsker likevel å peke på noen særlige utfordringer og bekymringer som reiser seg ved slik forvaltningsvirksomhet. En antakelse er også at de alminnelige saksbehandlingskravene vil være under press ved forvaltningens utvikling og bruk av automatiserte saksbehandlingssystemer.

Det har vært en utvikling mot en større grad av deling og gjenbruk av data mellom ulike offentlige myndigheter. Utvalgets forslag legger også til rette for at faktiske opplysninger av betydning for en avgjørelse kan innhentes automatisk når de foreligger i standardisert format. Når flere forvaltningsorganer deler de samme datasettene, vil kategoriseringen av begrepene være avgjørende. Eventuelle feil kan få betydning for utfallet av flere ulike forvaltningssaker. Har borgeren innvendinger til en kategorisering og forvaltningsorganet ikke er enig i at kategoriseringen kan kreves rettet i tråd med personvernforordningen art. 16, viser utvalget til at vedkommende må benytte den alminnelige klageadgangen (side 261). Det vil si at en klage først kan fremmes etter at en avgjørelse er tatt på bakgrunn av de aktuelle opplysningene. Her reiser det seg flere utfordringer som utvalget ikke uttrykkelig har drøftet. Et spørsmål er hvordan klagebehandlingen skal løses der samme kategorisering brukes av to ulike forvaltningsorganer og begge organenes vedtak påklages. Kan klagesaksbehandlingen løpe parallelt, med den risiko at klageorganene kommer til forskjellig resultat? Og innebærer en avgjørelse hos det ene organet at andre forvaltningsorgan må rette eller endre sine vedtak? Det vil også kunne få enkelte uheldige konsekvenser om det tar for lang tid før man kan få rettet en kategorisering. Mange klageordninger har for tiden svært lang saksbehandlingstid.

De foreslåtte klagereglene gir i seg selv ikke føringer for hvordan klagebehandlingen skal skje ved klage på en automatisert avgjørelse, men det fremgår av utredningen side 261 at også klagebehandlingen kan automatiseres. Utvalget skriver imidlertid i punkt 18.3.3.2 at der klagen bygger på feil eller mangler i systemets rettsanvendelse eller subsumsjon, vil det være nødvendig med manuell behandling. Denne forutsetningen er imidlertid ikke presisert nærmere i loven. Ombudsmannen mener hensynet til rettsikkerheten gjør det betenkelig med en automatisering av klagebehandlingen og at hovedregelen må være at klagebehandlingen gjøres manuelt. Utover tilfellene med retting av rene faktafeil, er det vanskelig å se for seg at en automatisert klagebehandling skal kunne bidra som en reell klageordning.

Utvalget har heller ikke drøftet den omstendighet at en digital forvaltning med selvbetjeningsløsninger i noen tilfeller vil kunne innebære at rettsanvendelsen ikke lenger bare skjer hos en saksbehandler eller i det automatiserte saksbehandlingssystemet, men at rettsanvendelsen også foretas av borgeren selv. I selvbetjente løsninger forutsettes en fortolkning hos den som skal svare, og svaret blir i en helautomatisert prosess avgjørende for avgjørelsen til forvaltningsorganet.

Bruk av helautomatiserte saksbehandlingssystemer gir ikke bare forvaltningen muligheten til å oppnå store effektiviseringsgevinster, men også mulighet til å tilby bedre rettigheter enn gjeldende forvaltningslov. For eksempel kan digitaliseringen og deling av data gi mulighet til å aktivt gi tilpasset informasjon om tjenester og rettigheter som er relevante for den enkelte. Videre kan digitaliseringen gjøre det lettere å kartlegge saker der det har skjedd en feil, og det vil være mulig å bygge inn muligheten til endring og retting av feil i automatiserte saksbehandlingssystemer. Vi registrerer at utvalget på side 249 og 542 både drøfter en utvidelse av veiledningsplikten og plikten til å rette feil, men at muligheten til å foreslå regler for å styrke borgernes rettigheter i en helautomatisert forvaltning ikke benyttes. Særlig der feil kan knyttes til bruken av et helautomatisert saksbehandlingssystem, bør forvaltningsorganet strekke seg langt for å kartlegge og rette opp slike feil, iallfall i tilfeller hvor feilen har vært til skade for private parter. En plikt til å orientere aktuelle borgere om at de kan ha vært utsatt for feil som følge av en slik systemsvikt, fremstår lite ressurskrevende, og bør vurderes inntatt i loven.

Generelt om forslaget §§ 11 – 12

Bestemmelsene i §§ 11 til 12 er helt nye bestemmelser. Erfaringene fra arbeidet med klagesakene gir dermed et begrenset grunnlag for å kunne si noe om utformingen av disse bestemmelsene. Ombudsmannen har likevel en viss erfaring med klagesaker innenfor sakfeltet der digitale løsninger og automatiserte beslutningsprosesser allerede er tatt i bruk av forvaltningen. Disse erfaringene tyder blant annet på at gjeldende forvaltningslov i liten grad synes å ha stått i veien for den digitale utviklingen og effektiviseringen av norsk forvaltning. Samtidig har forvaltningsloven bidratt til å gi borgerne rettsikkerhet og forutberegnelighet.

Utvalget gir på side 47 uttrykk for at lovforslagene legger til rette for videre digitalisering av forvaltningsvirksomheten og på side 259 at ambisjonen har vært å utforme teknologinøytrale, funksjonsbaserte regler. Likevel gir de foreslåtte reglene inntrykk av at utvalget har hatt for øye den tradisjonelle manuelle saksbehandlingen. Konsekvensene av at forvaltningen i dag i stadig større grad er automatisert og selvbetjent, synes i liten grad å ha fått betydning for bestemmelsenes innhold og utforming.

Helautomatisert saksbehandling – § 11

Utvalget foreslår i § 11 en bestemmelse som kan gi grunnlag for helautomatisert behandling og avgjørelse.

Ombudsmannen er enig i at det er hensiktsmessig å regulere hjemmelsspørsmålet i forvaltningsloven, og støtter flertallets forslag om at automatiserte avgjørelser krever uttrykkelig hjemmel i forskrift. Hvorvidt personvernforordningen artikkel 22 nr. 1 innebærer et generelt forbud mot helautomatisert avgjørelser, er beheftet med usikkerhet. Etter ombudsmannens vurdering taler dette for at det etableres en hjemmel for å være sikker på at vilkårene i artikkel 22 nr. 2 er ivaretatt.

I flertallets forslag inngår også et unntak fra forskriftskravet for avgjørelser som er «lite inngripende» for den enkelte. Hva som er «lite inngripende» er skjønnsmessig og kan åpne for ulike tolkninger. Slik ombudsmannen ser det, bør dette presiseres nærmere. Ombudsmannen er også usikker på om personvernforordningen åpner for et slikt unntak.

Utvalget verken drøfter eller foreslår regler for eventuelle begrensninger i adgangen til å gi forskrift om helautomatiserte beslutninger. I Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev 3. juli 2019 med forslag til endringer i utlendingsforskriften om hjemmel for bruk av automatiserte avgjørelser, er det stilt spørsmål om det er adgang til å benytte automatiserte saksbehandling ved avgjørelser som gjelder barn. I forvaltningslovutvalgets utredning er ikke denne problemstillingen løftet utover en gjengivelse i en fotnote av fortalepunkt 71 i personvernforordningen (GDPR). Av fortalen fremgår det at automatisert behandling ikke bør gjelde barn. Sett i sammenheng med kravene som stilles i Barnekonvensjonens artikkel 3 og 12, er dette en problemstilling lovgiver bør ta stilling til. Ombudsmannen bemerker i denne sammenheng at det i utgangspunktet synes utfordrende å ivareta slike krav i et helautomatisert saksbehandlingssystem.

Automatiserte saksbehandlingssystemer – §12

Åpenhet og etterprøvbarehet er grunnforutsetninger for en forsvarlig saksbehandling. For at borgerne skal kunne ha tillit til at forvaltningens automatiserte saksbehandlersystemer er betryggende, bør det stilles krav om at forvaltningen kan dokumentere og være åpen om også denne delen av sin virksomhet. Ombudsmannen støtter derfor at det gis regler om dokumentasjon og innsyn i de automatiserte saksbehandlersystemene. At kravspesifikasjonen skal vise hvordan rettsanvendelsen skjer i systemet, innebærer slik ombudsmannen ser det at den også må vise hvordan anvendelsen av forvaltningslovens øvrige saksbehandlingsregler skjer.

Ombudsmannen er imidlertid usikker på om den foreslåtte regelen om plikt til å dokumentere det rettslige innholdet i automatiserte saksbehandlersystemer, i tilstrekkelig grad vil ivareta hensynene til åpenhet og etterprøvbarehet. Utvalget peker på side 265– 267 på enkelte utfordringer og risikomomenter knyttet til hva som kan og bør dokumenteres og til offentliggjøringen av dokumentasjonen. Blant annet er det en risiko for at programmerere innarbeider eller tolker den rettslige kravspesifikasjonen i lys av hva som er teknologisk mulig eller rimelig. Etter ombudsmannens syn utgjør risikoen for at det ikke er samsvar mellom dokumentasjonen som blir offentliggjort og det som faktisk er blitt implementert i systemet, et rettsikkerhetsproblem. Det synes dermed å være behov for andre kontrollmekanismer for å kunne gjennomgå selve implementeringen.

LOVFASTING AV MYNDIGHETSMISBRUKSLÆREN – § 40

Ombudsmannen er positiv til at det foreslås å lovfeste sentrale deler den materielle forvaltningsretten, herunder myndighetsmisbrukslæren. Både demokrati- og tilgjengelighetshensyn taler for en kodifisering av disse reglene. Det er imidlertid grunn til å vurdere om myndighetsmisbrukslæren bør flyttes til lovens alminnelige del, idet læren må anses å ha gyldighet utover saker som gjelder enkeltvedtak.

§ 40 i utvalgets lovforslag innebærer kodifisering av de fleste sikre elementene i myndighetsmisbrukslæren. Ett sentralt element er likevel utelatt, nemlig reglene om grovt urimelig skjønnsutøvelse. Utvalgets begrunnelse for dette på side 548 er svært knapp, og etter ombudsmannens syn er den heller ikke helt treffende. Riktignok er heller ikke ombudsmannen kjent med nyere høyesterettspraksis hvor det har blitt konstatert ugyldighet på dette grunnlaget. Det synes derimot ikke dekkende når utvalget gir uttrykk for at muligheten (bare) «har vært nevnt i domspremissene». Rt. 2009 s. 1374, Rt. 2013 s. 449 og Rt. 2014 s. 310 er eksempler på at Høyesterett konkret har vurdert om forbudet er overtrådt. Ser man rettspraksis av noe eldre dato, er det også grunn til å nevne Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen), der Høyesterett uttrykkelig knytter domstolenes adgang til å prøve om omfanget av ytelse tilfredsstillende «et visst minstekrav» opp mot «domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig» (side 888). Utfallet i Fusa-dommen tilsier for øvrig at det ikke er helt upraktisk at vedtak kan bli satt til side på dette grunnlaget, selv om terskelen for å karakterisere skjønnsutøvelsen som grovt urimelig generelt antas å være høy.

Ombudsmannen ser at det å lovfeste forbudet mot grovt urimelig skjønnsutøvelse kan medføre urealistiske forventninger hos den private part, med den følge at dette ugyldighetsgrunnlaget påberopes i langt større grad enn det er grunn til. Denne innvendingen gjør seg imidlertid også gjeldende med hensyn til andre sider ved misbrukslæren. Utvalget har ikke sett på risikoen for flere klager og søksmål som et avgjørende argument mot å lovfeste de øvrige sikre elementene i myndighetsmisbrukslæren (side 546).

Derimot ser ombudsmannen at det lovteknisk sett kan være utfordrende å innarbeide forbudet mot grovt urimelig skjønnsutøvelse i utvalgets forslag til § 40, der reglene ikke uttrykkelig er knyttet til spørsmålet om ugyldighet. Det kan klart nok sende uheldige signaler dersom lovteksten utformes på en måte som er egnet til å gi uttrykk for at forvaltningen (bare) ikke må utøve skjønn på en *grovt* urimelig måte. Ombudsmannen antar dette for eksempel kan løses ved at reglene om grovt urimelige vedtak innarbeides i bestemmelsen om ugyldighet (§ 74 i utvalgets forslag).

LOVFESTING AV UGYLDIGHETSLÆREN – § 74

Spørsmålet om når et enkeltvedtak er ugyldig

Ombudsmannen er positiv til en lovfesting av ugyldighetslæren. I det vesentlige deler også ombudsmannen utvalgets oppfatninger om innholdet i den gjeldende, ulovfestede læren. Ombudsmannen mener imidlertid at utvalgets forslag til § 74 ikke er optimalt utformet.

Bestemmelsens første ledd regulerer ugyldighet som følge av materielle kompetansemangler. Ombudsmannen ser at det av pedagogiske årsaker kan være grunn til å skille mellom slike og andre feil. Den foreslåtte ordlyden – «enkeltvedtak som mangler nødvendig lovhjemmel» – gir imidlertid i første rekke assosiasjoner til legalitetsprinsippet, slik dette er formulert blant annet i Grunnloven § 113. Ordlyden synes mindre treffende i tilfeller hvor vedtaket er ugyldig fordi det har et innhold som er i strid med regler av høyere rang (lex superior-prinsippet) – særlig i tilfeller hvor disse reglene ikke oppfattes som en naturlig del av den aktuelle sektorlovgivningen (for eksempel generelt utformede regler i Grunnloven, inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner, diskrimineringslovgivningen mv.). Det fremgår av utvalgets drøftelser på side 537 at også slike tilfeller er ment å være omfattet. Etter ombudsmannens syn bør ordlyden justeres for å reflektere dette (for eksempel «enkeltvedtak som har et ulovlig innhold»).

Bestemmelsens andre ledd gir etter ombudsmannens mening ikke et treffende bilde av gjeldende rett når det gjelder spørsmålet om hvorvidt et vedtak er ugyldig som følge av andre feil. Etter ombudsmannen syn er det klare utgangspunktet at et vedtak *er* ugyldig dersom det er beheftet med en feil, dersom det er en ikke helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan påvirket vedtakets innhold. Det kan riktignok forekomme tilfeller hvor vedtaket – primært ut fra hensynet til private parter som har innrettet seg etter vedtaket i god tro – kan være gyldig til tross for at det er beheftet med en slik feil. Slik ombudsmannen ser det, er dette et unntak fra en klar hovedregel. Ombudsmannen tolker drøftelsene på side 539–540 slik at dette også er utvalgets forståelse av gjeldende rett. Ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen reflekterer imidlertid ikke hva som er henholdsvis hovedregelen og unntaksregelen når det gjelder ugyldighet.

At et vedtak er ugyldig vil kunne ha både økonomiske og andre negative konsekvenser for det ansvarlige forvaltningsorganet. Ombudsmannens erfaring fra behandlingen av klagesaker er at det ofte sitter langt inne for forvaltningsorganer å erkjenne at et vedtak er

ugyldig – også i tilfeller hvor det erkjennes at saksbehandlingen er mangelfull. Det er også grunn til å anta at mange forvaltningsorganer vil være tilbakeholdne med å karakterisere de feil som organet eller det tjenestepersoner har gjort som «grove», noe som er ett av tre momenter som uttrykkelig er trukket fram som relevante i helhetsvurderingen den foreslåtte bestemmelsen gir anvisning på. Blant annet på denne bakgrunn – og fordi regelverket i stor grad skal benyttes av personer uten juridiske utdanning – antar ombudsmannen at den foreslåtte ordlyden kan bidra til at forvaltningsorganer blir for tilbakeholdne med å erkjenne at vedtak som lider av feil som kan ha påvirket vedtakenes innhold, er ugyldige.

Loven bør utformes på en måte som klart tilkjenner at et enkeltvedtak som hovedregel er ugyldig dersom det er beheftet med feil som kan ha påvirket vedtakets innhold. Unntaksregelen bør videre formuleres slik at det fremgår at det særlig er hensynet til innrettelse for den private part som kan begrunne at vedtaket likevel er gyldig. I tillegg bør listen over relevante momenter gjøres mer utfyllende; herunder bør det fremkomme at graden av innrettelse, partens subjektive forhold, samt hensynene til andre private parter og offentlige interesser, også vil være relevante momenter i helhetsvurderingen.

Også bestemmelsen i § 74 første ledd tredje punktum reiser enkelte problemstillinger. Ut fra utvalgets drøftelser på side 541 forstår ombudsmannen det slik at bestemmelsen ikke bare er ment å regulere *hvorvidt* et vedtak som lider av materielle kompetansemangler, likevel er gyldig. Bestemmelsen er også ment å gi forvaltningsorganet hjemmel til å bindende *avgjøre* at vedtaket opprettholdes. Ombudsmannen etterlyser en nærmere vurdering av hvilken status en slik avgjørelse om opprettholdelse av vedtaket har, hvilke saksbehandlingsregler som gjelder for slike avgjørelser, og hvilken mulighet organet selv og overordnede organer har til å tilsidesette en slik avgjørelse. Det vises til at en slik avgjørelse – ifølge utvalget – vil innebære at det underliggende (ugyldige) vedtaket bare vil kunne omgjøres i kraft av reglene om omgjøring av gyldige vedtak. Det fremgår ikke av utvalgets drøftelser om denne rettsvirkningen også inntreffer i tilfeller hvor de i lovforslaget angitte vilkårene for å opprettholde vedtaket, reelt sett ikke var oppfylt. Hvis avgjørelsen om opprettholdelse får rettsvirkninger også i slike tilfeller, er det etter ombudsmannens syn en reell risiko for at bestemmelsen feilaktig kan bli brukt til å forhindre at for eksempel en klageinstans eller andre instanser med overprøvingsmyndighet skal kunne oppheve innholdsmessig ulovlige vedtak.

Ombudsmannen bemerker også at bestemmelsen om opprettholdelse av vedtak er plassert som siste punktum i utkastets § 74 første ledd. Ut fra strukturen og ordlyden i § 74 synes det umiddelbart mest nærliggende å tolke bestemmelsen slik at den bare gjelder for vedtak som nevnt i § 74 første ledd første punktum, det vil si vedtak som er ugyldige som følge av at de «mangler nødvendig lov hjemmel». Utvalgets drøftelser på side 541 kan imidlertid tyde på at bestemmelsen er ment å ha et videre virkeområde enn dette. Dersom man først velger å gi forvaltningen en hjemmel til å fastholde ugyldige vedtak, har ombudsmannen også vanskelig å se noen grunn til å begrense adgangen til de vedtakene som er ugyldige fordi de har et ulovlig innhold. Tvert imot synes det mindre betenkelig å gi forvaltningen en myndighet til å

opprette vedtaket i tilfeller hvor vedtaket innholdsmessig ligger innenfor rammene av forvaltningsorganets myndighet.

Rettsvirkningene av ugyldighet

Det fremgår av utvalgets drøftelser på side 541 at ordlyden i den foreslåtte § 74 første ledd er ment å innebære en oppheving av det eksisterende skillet mellom ugyldige vedtak som er henholdsvis nulliteter og angripelige. Utvalgets begrunnelse for dette fremstår som svært knapp. Det konkrete eksemplene som er benyttet for å begrunne valget, synes heller ikke representative for alle de situasjoner hvor den foreslåtte regelendringen vil få konsekvenser for private parter.

Ombudsmannen er enig i at gjeldende rett på dette punktet kan fremstå som komplisert og utilgjengelig, men antar at dette iallfall til dels skyldes at det per i dag er tale om ulovfestede regler. Også en lovfesting med utgangspunktet i dagens regler, vil antagelig bidra til å gjøre reglene lettere forståelige for forvaltningen og private parter.

Konsekvensen av utvalgets forslag synes i første rekke å være at vedtak som er til den private gunst – og som normalt bare anses som angripelige etter gjeldende rett – iallfall langt på vei vil bli å anse som nulliteter. En privat part som i aktsom god tro har iverksatt et tiltak eller drevet en virksomhet i henhold til en ugyldig tillatelse i tiden før ugyldighet ble konstatert, vil dermed rettslig sett ha handlet lovstridig. Etter gjeldende rett er hovedregelen den motsatte, det vil si at parten er *berettiget* å opptre i tråd med tillatelsen inntil den blir opphevet eller omgjort. Etter ombudsmannens syn er en slik endring av gjeldende rett – som innebærer at privatpersoner som er i god tro, risikerer å bli lovbrøtere som følge av feil i forvaltningen – betenkelig. At partens gode tro eventuelt forhindrer at vedkommende kan *straffes* eller holdes ansvarlig *på erstatningsrettslig grunnlag*, avhjelper ikke denne prinsipielle innvendingen mot forslaget fullt ut. I den grad departementet vurderer å gå videre med utvalgets forslag, etterlyser ombudsmannen også en mer inngående analyse av hvilke praktiske og rettslige konsekvenser en slik omlegging vil ha, herunder andre konsekvenser enn de straffe- og erstatningsrettslige.

Etter ombudsmannens syn er heller ikke unntaksregelen i § 74 første ledd tredje ledd tilstrekkelig til å avhjelpe de ovennevnte betenkelighetene med å gå bort fra dagens ordning med angripelige vedtak. Regelen forutsetter at forvaltningen aktivt treffer vedtak om opprettholdelse av vedtaket. Den vil dermed ikke ha noen funksjon før forvaltningen faktisk har tatt spørsmålet om det eksisterende vedtakets gyldighet opp til vurdering.

Etter ombudsmannens syn er det følgelig grunn til å vurdere om man – i stedet for den tilnærmingen utvalget legger opp til – bør regulere virkningene av ugyldighet med utgangspunkt i det gjeldende skillet mellom angripelige vedtak og nulliteter. Urimelige utslag av ordningen med angripelige vedtak bør kunne løses gjennom en unntaksregel som blant annet omfatter tilfeller hvor parten selv har bidratt til at vedtaket ble ugyldig gjennom å gi feilaktig informasjon eller tilbakeholde sentrale opplysninger. Det er også grunn til å vurdere hvor strenge krav det bør stilles til aktsomhet hos parten – særlig hvis det er aktuelt å gi unntaksregler som også gjelder for situasjoner hvor parten ikke selv har bidratt til at feilen

har oppstått. Både forutsigbarhetsbetraktninger og hensynet til tilliten til norsk forvaltning tilsier at borgerne i alminnelighet bør kunne stole på at de faktisk *har* de tillatelser mv. som forvaltningen har gitt inntil de eventuelt blir formelt opphevet eller omgjort.

Aage Thor Falkanger
sivilombudsmann

Dette brevet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet underskrift.